

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE



Corso di Dottorato di Ricerca in

Scienze Giuridiche

Curriculum civilistico

XXXII CICLO

Coordinatore: Ch.mo Prof. G. Preterossi

TESI DI DOTTORATO

Lo ius variandi

Spunti per una ricostruzione sistematica

Tutor

Ch.mo Prof. Salvatore Sica

Dottorando

Dott. Eduardo Fernandes

A.A. 2019/2020

*A Salvo,
per avermi sostenuto sin dalla
presentazione delle domande di
ammissione in quella che
sembrava un'impresa impossibile.
Ti sarò sempre riconoscente.*

LO IUS VARIANDI
SPUNTI PER UNA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA

INDICE

**FENOMENOLOGIA DELLO IUS VARIANDI NEL DIRITTO
POSITIVO**

1. Il rapporto tra forza di legge del contratto e <i>ius variandi</i> : il mutato approccio dell'ordinamento.....	p. 1
1.1 <i>Ius variandi</i> e rimedi manutentivi del rapporto contrattuale dalla codificazione del 1942 ad oggi. Premessa metodologica.....	p. 4
2. Il codice civile e la gestione delle sopravvenienze. La <i>reductio ad aequitatem</i> di cui all'art. 1467, terzo comma, c.c.....	p. 7
2.1. <i>Ius variandi</i> e contratti tipici.....	p. 11
3. Lo <i>ius variandi</i> nel codice del consumo.....	p. 23
4. Lo <i>ius variandi</i> bancario.....	p. 27
5. Lo <i>ius variandi</i> nei contratti relativi ai servizi di pagamento.....	p. 38
6. Lo <i>ius variandi</i> nei contratti di subfornitura.....	p. 43
7. Le modificazioni unilaterali dei contratti aventi ad oggetto servizi turistici	p. 47
8. Lo <i>ius variandi</i> nei contratti di servizi di comunicazione elettronica.....	p. 53
9. Sopravvenienze e mercato dell'energia elettrica e del gas naturale.....	p. 55
10. Prime conclusioni.....	p. 57

L'AUTONOMIA PRIVATA E L'ATTRIBUZIONE DELLO IUS VARIANDI.

I CARATTERI DELLO IUS VARIANDI PATTIZIO ATIPICO

1. L'ammissibilità di uno <i>ius variandi</i> pattizio atipico. Premessa metodologica.....	p. 59
--	-------

2. La natura giuridica dello <i>ius variandi</i> . Precisazioni sulla posizione della controparte.....	p. 63
3. <i>Ius variandi</i> e determinazione del contenuto del rapporto contrattuale ad opera di una delle parti. Raffronto con l'arbitraggio di parte	p. 67
4. <i>Ius variandi</i> e determinabilità dell'oggetto contrattuale.....	p. 73
5. Perimetrazione del profilo causale della clausola attributiva dello <i>ius variandi</i> e diverso atteggiarsi degli interessi dei contraenti a seconda della tipologia contrattuale.....	p. 80
6. Il problema dell'ammissibilità di uno <i>ius variandi</i> ad efficacia estintiva e ad efficacia estintivo-costitutiva.....	p. 85
7. L'ampiezza dell'effetto modificativo dipendente da un atto di <i>ius variandi</i> in rapporto con la novazione.....	p. 91
8. Le <i>hardship clauses</i> : un contributo nella ricostruzione dello <i>ius variandi</i> pattizio dall'esperienza del commercio internazionale.....	p. 94
9. <i>Hardship</i> e principi Unidroit. Verso la codificazione degli istituti per la gestione delle sopravvenienze?.....	p. 99
10. Conclusioni.....	p. 107

LO IUS VARIANDI NEI SUOI PROFILI DINAMICI

1. Premessa.....	p. 110
2. L'atto di esercizio dello <i>ius variandi</i> come atto negoziale unilaterale recettizio. Le conseguenze dell'applicabilità dell'art. 1324 c.c.....	p. 112
3. Gli effetti dell'atto di esercizio dello <i>ius variandi</i>	p. 118
4. Il contenuto dell'atto di esercizio dello <i>ius variandi</i> . L'impossibilità di impiegare lo <i>ius variandi</i> per introdurre nel contratto clausole nuove.....	p. 121
5. Il problema della riconducibilità allo <i>ius variandi</i> delle variazioni <i>in melius</i>	p. 125
6. La forma dell'atto di esercizio dello <i>ius variandi</i>	p. 131
7. L'ammissibilità di una modifica unilaterale frutto di un comportamento concludente.....	p. 134

8. I limiti all'esercizio dello <i>ius variandi</i> : il giustificato motivo, categoria elastica, espressione del principio di buona fede	p. 138
9. Il sindacato sul giustificato motivo. Il ruolo svolto dall'Arbitro Bancario Finanziario nella definizione del giustificato motivo con riguardo allo <i>ius variandi</i> bancario.....	p. 145
10. <i>Ius variandi</i> e recesso: una combinazione necessaria?.....	p. 149
11. La clausola di <i>ius variandi</i> meramente potestativo e il diritto di recesso....	p. 152
12. I profili strutturali della modifica in caso di combinazione dello <i>ius variandi</i> al diritto di recesso.....	p. 154
Conclusioni	p. 160
Bibliografia	p. 164

CAPITOLO I

FENOMENOLOGIA DELLO *IUS VARIANDI* NEL DIRITTO POSITIVO

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra forza di legge del contratto e *ius variandi*: il mutato approccio dell'ordinamento 1.1 *Ius variandi* e rimedi manutentivi del rapporto contrattuale dalla codificazione del 1942 ad oggi. Premessa metodologica 2. Il codice civile e la gestione delle sopravvenienze. La *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467, terzo comma, c.c. 2.1. *Ius variandi* e contratti tipici 3. Lo *ius variandi* nel codice del consumo 4. Lo *ius variandi* bancario 5. Lo *ius variandi* nei contratti relativi ai servizi di pagamento 6. Lo *ius variandi* nei contratti di subfornitura 7. Le modificazioni unilaterali dei contratti aventi ad oggetto servizi turistici 8. Lo *ius variandi* nei contratti di servizi di comunicazione elettronica 9. Sopravvenienze e mercato dell'energia elettrica e del gas naturale 10. Prime conclusioni

1. Il rapporto tra forza di legge del contratto e *ius variandi*: il mutato approccio dell'ordinamento

La tematica dello *ius variandi* offre l'occasione per confrontarsi con molte delle principali categorie tradizionali del diritto dei contratti. Si va dal principio consensualistico a quello della forza di legge del contratto, passando per quello della determinatezza o determinabilità del suo contenuto. Costituisce inoltre terreno per apprezzare le tendenze evolutive dell'ordinamento e, nello specifico, del diritto dei contratti, quali il processo di decodificazione e il connesso problema del rapporto tra codice civile e codici di settore, l'emersione di nuovi tipi di contratto e l'incidenza della globalizzazione.

Il giurista viene educato sin dai primi giorni della sua formazione all'idea, consacrata oggi nell'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, potendo essere sciolto soltanto per mutuo consenso e negli altri casi previsti dalla legge¹. Se ci si limitasse a considerare questa disposizione, si dovrebbe ritenere che il contratto sia una vicenda statica: di certo le parti possono scegliere se vincolarsi o meno, ma, quando optano per il suo perfezionamento, non si darebbe

¹ Su questa disposizione, si rinvia a G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, anche per i punti di contatto che tale scritto presenta con la materia oggetto del presente lavoro.

una terza alternativa alla scelta tra eseguire il contratto o scioglierlo attraverso uno delle vie che l'ordinamento offre.

Leggendo l'art. 1372 c.c. in combinato disposto con l'art. 1321 c.c. si evince però che il contratto, e segnatamente il suo contenuto, potrebbe anche essere stravolto: alle parti è infatti data la facoltà anche di modificare un rapporto già sorto. Di certo la regola generale ancora oggi vigente è quella per cui la modifica del contratto passa per l'accordo; d'altronde, ad imporlo è il principio di relatività delle sfere giuridiche dei consociati, le quali non possono essere incise ad opera di una decisione di un soggetto ad essi pariordinato, venendosi altrimenti a legittimare un abuso.

Tuttavia, un esame un po' più approfondito delle norme codicistiche rivela che in alcuni casi la legge consente ad una sola delle parti di modificare il regolamento di interessi già concluso, incidendo sulla sfera giuridica della controparte e ciò al fine di permettere a chi il potere si vede riconosciuto di adattare il contratto a una vicenda verificatasi dopo il suo perfezionamento, permettendo così al rapporto di proseguire come se nulla fosse accaduto. Si definisce infatti lo *ius variandi* come «il potere della parte di modificare unilateralmente, senza il consenso di controparte, uno o più punti del regolamento contrattuale concordato»². Tra l'altro, il riconoscimento di siffatto potere, lungi dall'interessare soltanto contratti - sia consentito - *minori* per importanza sistematica, avviene anche nell'ambito di alcuni tipi contrattuali centrali, vedasi il contratto di appalto.

L'attribuzione a una delle parti del contratto di un potere di modificazione unilaterale dello stesso è stata per lungo tempo guardata con grande diffidenza; ciò è accaduto essenzialmente per due ragioni. Innanzitutto un tale potere, se non adeguatamente presidiato da limiti, si può prestare ad abusi in danno del contraente più debole. Inoltre, difficile è assicurare la coerenza sistematica tra queste fattispecie e un diritto dei contratti fondato sulla nozione di accordo. Ci si renderà conto, infatti,

² Tale definizione è di V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 523. Il fenomeno non va confuso con il recesso. Quando si riconosce ad una delle parti il potere di recedere dal contratto le si consente di sciogliere unilateralmente il rapporto. In ambo i casi si assiste a una fattispecie a struttura unilaterale, tuttavia, mentre nel caso di recesso la controparte conosce dall'inizio quale sarà la situazione in cui verrà a trovarsi in caso di esercizio di questo potere, *i.e.* l'estinzione del rapporto, quando si tratta di modifica unilaterale del rapporto la controparte non è in grado di prevedere i termini del regolamento contrattuale risultante dalla modifica.

che, ponendosi in una questa prospettiva, dovrebbe essere inconcepibile un vincolo discendente da una manifestazione unilaterale di volontà.

Per la sua potenziale *pericolosità* un tempo il fenomeno della modifica unilaterale della *lex contractus* era oggetto di notevole *diffidenza* dall'ordinamento. Trattavasi di una diffidenza ingiustificata, se solo si considera la disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto.

Il rapporto tra *ius variandi* e condizioni generali di contratto viene per lo più analizzato sul piano dell'*intersezione* tra i due istituti. Di frequente accade infatti che tra le condizioni generali di contratto sia contenuta una clausola che attribuisce al predisponente un potere unilaterale di variazione delle stesse. Tuttavia, non può trascurarsi la sussistenza anche di un altro punto di contatto. Tanto lo *ius variandi*, quanto le condizioni generali di contratto, fanno sì che il contenuto del contratto sia determinato unilateralmente da una sola parte, parzialmente nel primo caso e integralmente nel secondo. Ciò consente di evidenziare che non è estranea al Legislatore del codice civile l'idea di un contenuto del contratto determinato da una sola volontà, anche se nel rispetto di opportuni limiti, o, per dirla con Irti, di un contratto senza consenso³.

Si consideri pure la disciplina dell'oggetto del contratto. L'art. 1346 c.c. consente il perfezionamento di un contratto il cui oggetto sia soltanto determinabile, anche da parte di un terzo, e ciò conferma che il Legislatore non abbia considerato avulso dal sistema la possibilità di un oggetto del contratto determinato unilateralmente.⁴

Oggi i tempi sembrano maturi per ritenere superato la riferita *diffidenza*, non a caso il Legislatore, pur non arrivando a codificare lo *ius variandi* in termini generali,

³ Si rinvia in proposito all'illuminante scritto di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss., p. 352 e p. 361 (in nota), in cui l'illustre studioso osserva «[s]pento il dialogo, l'accordo è tutto nell'unilaterale predisposizione del testo scritto e nell'unilaterale adesione. All'esigenza del dialogo, che impronta la disciplina dei codici, subentra la semplice *tutela della consapevolezza* [...]. Gli artt. 1321 e 1325 c.c. [...] sembrano escludere contratti senza accordo. Ma è pur vero che lo stesso codice civile, dopo aver disegnato l'accordo delle parti quale consonanza di dichiarazione, ed il "contrarre" quale risultato di un "contrattare", inserisce sotto la medesima rubrica le norme relative alle condizioni generali di contratto ed all'uso di moduli e formulari. Il contratto mostra così di disgiungersi dall'accordo».

⁴ R. SACCO, *Voce Determinatezza dell'oggetto del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2010, pp. 529 ss., che afferma: «[l]a determinazione ad opera della parte suscita diffidenza, ma la diffidenza non è giustificata». La questione è oggetto di approfondimento nei paragrafi 3 e 4 del secondo capitolo.

ha introdotto - sovente su spinta del diritto dell'Unione europea – molteplici sue nuove fattispecie nella legislazione speciale⁵, anche in funzione di tutela della parte contrattuale più debole.

1.1 *Ius variandi* e rimedi manutentivi del rapporto contrattuale dalla codificazione del 1942 ad oggi. Premessa metodologica

Negli ultimi anni la dottrina privatistica non assume un approccio soltanto specialistico, riservando la propria attenzione a singole ipotesi tipiche di *ius variandi*. L'esigenza di mettere a sistema queste fattispecie unitamente agli altri strumenti di gestione delle sopravvenienze scaturisce dalla mancata codificazione di questi istituti tra le norme relative al contratto in generale. Ciò potrebbe indurre a dubitare della loro stessa ammissibilità in termini di generali nell'ordinamento, se non fosse che, soprattutto negli ultimi anni, il Legislatore ne ha introdotto ulteriori applicazioni particolari, anche per quanto concerne lo *ius variandi*. Muovendo da un materiale normativo sempre più cospicuo, ma anche scoordinato e frammentario⁶, la dottrina è all'affannosa ricerca di una *sistemazione* dei c.d. *rimedi manutentivi del rapporto contrattuale*⁷. In particolare, un momento di svolta è stato rappresentato dall'introduzione del codice del consumo, che ha rappresentato un'occasione per ripensare molteplici tematiche del diritto dei contratti, si pensi, per tutte, alla tematica delle clausole vessatorie, ancora oggi ampiamente controversa.

⁵ Anche quando si è intervenuti sul codice civile, come accaduto in un primo tempo per i contratti dei consumatori, è mancato un approccio di sistema. Come acutamente rileva S. PATTI, *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2005, pp. 282 ss., «[n]on è infatti il mero inserimento nel codice di blocchi di norme, senza il minimo sforzo di coordinamento, a soddisfare le esigenze della codificazione».

⁶ P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, pp. 18 ss., p. 23-24, il quale in questo scritto già prevedeva la proliferazione di nuove ipotesi di *ius variandi*.

⁷ Tra i più recenti contributi monografici in materia si segnalano quelli di M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010; R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017.

Con l'espressione *rimedi manutentivi del rapporto contrattuale* si suole essenzialmente indicare due istituti, non solo il già riferito *ius variandi*, ma anche la rinegoziazione del contratto. Entrambi svolgono la funzione di consentire alle parti del rapporto contrattuale di gestire una sopravvenienza, *i.e.* una circostanza che interviene dopo il perfezionamento del contratto, ma prima o nel mentre della sua esecuzione, e che è in grado di incidere sull'equilibrio del rapporto instaurato. La loro funzione è allora quella di consentire al rapporto di proseguire in un rinnovato equilibrio, evitando la risoluzione.

La ragione che consente di spiegare questo filone di studi, ma anche la riferita proliferazione delle ipotesi di *ius variandi*, non è unica.

Innanzitutto, negli anni della codificazione il modello di contratto socialmente più diffuso, e, quindi, oggetto di attenzione da parte del Legislatore, era essenzialmente uno ed uno solo: quello ad esecuzione istantanea tra soggetti di pari forza contrattuale, in cui la vicenda effettuale si realizza in un momento coincidente con il perfezionamento o da esso non molto lontano. Si comprenderà allora che rispetto a un siffatto contratto un problema di sopravvenienze non può nemmeno astrattamente porsi. Negli ultimi decenni, invece, mutati gli stili di vita e i rapporti tra i consociati, sono progressivamente cresciuti numericamente e di importanza i rapporti di durata e i rapporti tra soggetti che non hanno pari forza contrattuale, al punto che in determinati settori è risultato imprescindibile un intervento del Legislatore⁸.

I contratti di durata, com'è facile intuire, sono notevolmente esposti al rischio della sopravvenienza. Per alcuni di essi, in verità, non pare nemmeno corretto discorrere di *rischio di sopravvenienza*, in quanto è nella fisiologia del mercato il suo verificarsi.

Per quanto riguarda invece i rapporti a forza diseguale, il timore rispetto a possibili abusi da parte del contraente più forte ha reso necessario procedere a degli interventi che circoscrivano l'attribuzione convenzionale di un potere di modifica unilaterale del contratto, attraverso la fissazione di limiti e la procedimentalizzazione delle sue modalità di esercizio.

⁸ Sul tema si rinvia per tutti a V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 775 ss.

In ogni caso, come si vedrà più approfonditamente in prosieguo, per la gestione delle sopravvenienze risultano inadeguati gli strumenti codificati nella parte generale del codice relativa al diritto dei contratti⁹. Di frequente, a fronte di una sopravvenienza, le parti, o almeno una di esse - in genere la più debole -, non avranno tanto interesse all'eliminazione del rapporto contrattuale che le lega, ma mireranno ad un suo adeguamento.

Oltre alla crescente diffusione di rapporti di durata e di rapporti asimmetrici, c'è un terzo fattore che può spiegare l'interesse per i rimedi manutentivi del contratto. Si tratta della *lex mercatoria* internazionale, nel cui ambito essi hanno trovato applicazione da ben prima rispetto a quanto accaduto nell'ordinamento interno. Nell'ambito del commercio internazionale, infatti, meccanismi di adeguamento del contratto alle sopravvenienze - si pensi alla clausola di *hardship* - hanno trovato da tempo diffusione sia in una funzione di prevenzione del contenzioso, che potrebbe porre ulteriori problemi alle parti di questi rapporti, ma anche per esigenze di speditezza. Tutto ciò, vista la globalizzazione, non poteva non lasciare un precipitato anche nell'ordinamento interno¹⁰.

L'interesse delle parti alla *flessibilità* nei rapporti contrattuali di durata pare oggi di sicura meritevolezza e ciò spiega il menzionato *favor* dell'ordinamento verso i rimedi manutentivi del contratto.

Il presente lavoro intende indagare le condizioni di ammissibilità nell'ordinamento italiano di un potere unilaterale di modifica del rapporto contrattuale, muovendo innanzitutto dall'analisi di quelle che sono comunemente individuate - a volte in

⁹ Come si evince dalla Relazione al codice civile, lo strumento concepito a tal fine avrebbe dovuto essere costituito unicamente da quello della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, di cui all'art. 1467 c.c., che costituiva una novità del codice civile del 1942: «[i]n parecchi casi il legislatore italiano ha dovuto intervenire con leggi speciali per disciplinare l'influenza di eventi straordinari sui contratti in corso; ma tale intervento si è determinato in relazione agli eventi più gravi e di portata generalissima. Deve essere invece considerata la quotidiana possibilità di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che vengano a turbare profondamente l'equilibrio contrattuale pur non avendo una portata generale tale da incidere sulla vita della Nazione: la nostra pratica mercantile e gli usi da essa creati sono già nel senso di riconoscere efficacia risolutiva alla sopravvenuta onerosità della prestazione, per effetto degli avvenimenti di cui si è fatto cenno».

¹⁰ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 10, ritiene che questo discorso sia il punto di partenza per l'avvio di una riflessione più ampia: «[I]a crescente "sensibilità" verso fenomeni di ridiscussione degli assetti negoziali predeterminati, mostra, quindi, nelle sue pieghe, tutto il peso della globalizzazione economica e, fatalmente, introduce il problema del rapporto tra economia e diritto, ma anche la necessità di ripensare il ruolo dell'etica negli affari, dinanzi al declino degli ordinamenti positivi».

modo quasi tratlatizio - come ipotesi di *ius variandi*, al fine di separare quelle che sono autenticamente tali da quelle che non lo sono.

L'analisi di questo materiale normativo molto eterogeneo verrà condotta in questo capitolo secondo il criterio cronologico, e, quindi, muovendo innanzitutto dalle ipotesi di *ius variandi* già previste nel codice civile, per poi passare all'analisi della ricca legislazione speciale.

Si ritiene che quest'attività di scomposizione e di selezione possa consentire innanzitutto di far emergere alcune incongruenze nelle scelte del Legislatore, ma anche alcune tendenze, rivelatrici di limiti ben precisi in cui può dirsi ammesso nell'ordinamento il potere unilaterale di modifica del contratto, ai fini della sua ricostruzione che si tenterà di compiere nei capitoli che seguiranno, che sarà articolata in due grandi momenti, quello attributivo del potere o statico e quello funzionale o dinamico.

2. Il codice civile e la gestione delle sopravvenienze. La *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467, terzo comma, c.c.

Tra le norme della disciplina generale del contratto, forse la più importante a venire in rilievo nella materia della gestione delle sopravvenienze è quella contenuta all'art. 1467, terzo comma, c.c.¹¹. Nell'ambito della disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, con riguardo ai contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, si riconosce *alla*

¹¹ In materia: F. CARNELUTTI, *Offerta di modificazione del contratto impugnato per lesione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, pp. 66 ss.; ID, *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, pp. 108 ss.; ID, *Ancora sull'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, pp. 25 ss.; C. BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Milano, 1946; E. REDENTI, *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, pp. 576 ss.; A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952; F. PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione a equità*, Milano, 1990; A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 662 ss.; F. DEL BENE, *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*, in *Giur. merito*, 1997, pp. 198 ss. (parte I) e pp. 402 ss. (parte II); S. D'ANDREA, *L'offerta di modificazione equa del contratto*, Milano, 2006; E. GABRIELLI, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi Urbinate*, 2003, pp. 163 ss.; ID, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XIII, Torino, 2012.

parte contro la quale è domandata la risoluzione di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

L'offerta di riduzione ad equità, secondo la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, è un autentico istituto, declinato nelle due norme dell'art. 1450 c.c., relativo alla rescissione, e dell'art. 1467, terzo comma, c.c.¹². Pur aderendo a tale ricostruzione, si comprenderà che, ai fini del presente lavoro, l'analisi verrà incentrata soltanto sulla seconda disposizione, quella in tema di risoluzione, in quanto nella fattispecie del contratto rescindibile non si è di fronte ad alcuna sopravvenienza. Lo stato di pericolo e quello di bisogno, infatti, sono situazioni che si collocano nella fase genetica del contratto, non potendosi allora considerare come sopravvenienze, come invece pare indubbio potersi fare per l'eccessiva onerosità sopravvenuta.

La natura giuridica dell'offerta di riduzione ad equità è stata oggetto di un'approfondita disamina nel tempo, sia da parte della dottrina, che da parte della giurisprudenza. Nello specifico, si discute ancora oggi se abbia natura di atto sostanziale e, quindi, negoziale¹³, o processuale¹⁴, anche se quest'ultima tesi pare

¹² Per F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 1038, l'offerta di riduzione ad equità ex art. 1467, terzo comma, c.c., sarebbe analoga a quella prevista dall'art. 1450 c.c., che, come noto, riconosce alla parte contro cui è domandata la rescissione, al fine di evitarla, la facoltà di offrire una modificazione del contratto sufficiente a ricondurlo ad equità. Discutono di un unico istituto, l'offerta di riduzione ad equità, previsto dagli artt. 1450 e 1467, terzo comma, c.c., anche F. DEL BENE, *Appunti*, cit., pp. 200 ss., e E. GABRIELLI, *Rimedi*, cit., p. 192. In giurisprudenza: Cass. 16 aprile 1951, n. 431, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, pp. 320 ss., «[è] da considerare che l'offerta di modificare il contratto per ricondurlo ad equità è prevista dal vigente codice con le due disposizioni del tutto analoghe degli art. 1450 e 1467, come un mezzo concesso al convenuto per evitare rispettivamente la rescissione del contratto per lesione o la risoluzione di esso per eccessiva onerosità». *Contra*: N. DISTASO, *Azione generale di rescissione per lesione, offerta di reductio ad aequitatem e svalutazione monetaria*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, pp. 280 ss., il quale ritiene che le due norme vadano tenute nettamente distinte. Con specifico riguardo alla *reductio* nel caso di contratto rescindibile si rinvia a M. COSTANZA, *Sulla reductio ad aequitatem del contratto rescindibile*, in *Giust. civ.*, 1979, pp. 1091 ss.

¹³ Secondo una ricostruzione sostenuta all'entrata in vigore del codice civile, che trova il suo più autorevole sostenitore in F. CARNELUTTI, *Preclusione*, cit., p. 111, il quale afferma: «[l']offerta non è dunque né un'eccezione, né una riconvenzione; non è insomma una domanda del convenuto, ma una proposta di modificazione del contratto, alla quale la legge riconosce efficacia di modificarlo purché sia equa, anche senza l'accettazione dell'altra parte. L'effetto di tale dichiarazione è manifestamente quello di cagionare nel corso del processo un mutamento della lite». La giurisprudenza in passato ha aderito a questa tesi, poi superata, v. Cass. 16 aprile 1951, n. 431, cit., «[d]etta offerta, come autorevolmente è stato rilevato in dottrina, ha il carattere di una dichiarazione di volontà negoziale

prevalere¹⁵. In effetti, anche solo limitandosi al dato letterale, pare che la *reductio ad aequitatem* di cui all'art. 1467, terzo comma, c.c. possa realizzarsi soltanto all'interno del processo.

La questione, lungi dall'aver carattere meramente teorico, non rileva soltanto per capire quando una siffatta offerta possa essere formulata nel corso del giudizio¹⁶, ma anche per la tematica oggetto del presente lavoro.

Quasi relegando la *reductio ad aequitatem* nell'ambito del processo¹⁷, il Legislatore del '42 rivela la sua diffidenza verso i rimedi manutentivi del rapporto contrattuale e il suo *favor* verso quelli ablativi. *In primis*, si osserva che la riduzione del contratto ad equità è un istituto concepito come un'eccezione rispetto alla risoluzione per eccessiva onerosità, non a caso è disciplinato in chiusura dell'art.

diretta all'altra parte, che può essere accettata da questa ovvero imposta dal giudice, in quanto riconosciuta rispondente ad equità».

¹⁴ Tra i sostenitori della tesi dell'offerta di riduzione a equità come atto processuale, le soluzioni proposte sono estremamente diversificate. In via meramente schematica, si segnala che per alcuni trattasi di una domanda riconvenzionale, v. C. BRACCIANTI, *Degli effetti*, cit., p. 96. Altri ancora discutono di riconvenzione *sui generis*, v. P. TARTAGLIA, Voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 67. Pure sostenuta è la tesi dell'eccezione, v. A. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950. Per una sintetica, ma completa rassegna delle varie posizioni si rinvia a F. DEL BENE, *Appunti*, cit., pp. 211-214. In giurisprudenza v. Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, in *Foro it.*, 1973, cc. 2194 ss., espressasi però con riguardo all'art. 1450 c.c., che riconosce carattere sostanziale all'offerta stragiudiziale, ma, con riguardo a quella calata nel giudizio, per la prima volta ha affermato: «[r]itiene il Collegio che, invece, diversi siano la natura e l'effetto dell'offerta fatta in via giudiziale; che si tratti, in tal caso, di dichiarazione avente natura ed effetto processuale, così modificando la precedente giurisprudenza di questa Suprema Corte».

¹⁵ Non mancano soluzioni innovative come quella proposta da F. DEL BENE, *Appunti*, cit., pp. 217-219, il quel ritiene che si tratti di un *falso problema*: «non deve indurre a diversa conclusione il collegamento dell'offerta con un atto processuale, poiché altro è l'effetto negoziale che la parte persegue, *intercedente iudice*, e che modifica la situazione del giudizio, ed altro l'atto processuale che mira a far valere, di fronte al giudice, la nuova situazione. Così, l'offerta di modificare equamente le condizioni del contratto produce, sul piano negoziale, l'effetto di estinguere il potere (di risoluzione per eccessiva onerosità o di rescissione) esercitato dall'altro contraente, mentre, sul piano processuale l'offerta stessa è fatta valere esclusivamente attraverso una domanda subordinata (condizionata) rivolta ad ottenere un provvedimento costitutivo avente l'effetto sostanziale di modificare il contratto rescindibile o risolubile».

¹⁶ Si comprenderà, infatti, che, ad esempio, cambia in maniera netta il tempo della proponibilità dell'offerta, a seconda se la si configuri come eccezione o come domanda riconvenzionale.

¹⁷ Risulta evidente che l'autonomia privata al di fuori del processo potrà ricondurre ad equità il contratto rescindibile per eccessiva onerosità, ma in questo caso non si può parlare di riduzione dello stesso ad equità ex art. 1467, terzo comma, c.c. Come osserva E. GABRIELLI, *Rimedi*, cit., p. 202, «[l]a possibilità di un'offerta effettuata al di fuori del processo non tocca peraltro il problema della configurazione della fattispecie, poiché rientra comunque nell'autonomia delle parti il potere di modificare in qualunque momento, e quindi anche nel corso del giudizio, l'assetto dato ai loro rapporti economici». Conforme Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, cit.

1467 c.c. Inoltre, il Legislatore sembra dirci che la modifica in corso d'opera del contratto è sì possibile, ma soltanto sotto il controllo del giudice.

Per quanto più specificamente concerne la tematica del potere unilaterale di modifica del contratto, si ritiene non condivisibile quella tesi che annovera la facoltà riconosciuta dall'art. 1467, terzo comma, c.c. tra le ipotesi di *ius variandi*¹⁸. A far concludere in tal senso è innanzitutto il dato letterale, che richiama un'*offerta di modifica*, alludendo quindi a una vicenda bilaterale, in cui l'offerta si atteggia a proposta di contratto modificativo¹⁹. Il consenso della controparte pare in questo caso indispensabile per realizzare la modifica, a differenza di quello che avrebbe dovuto ritenersi ove si fosse trattato di un autentico potere unilaterale di modifica del contratto²⁰.

Anche per quanto concerne l'altro rimedio manutentivo, e cioè la rinegoziazione, sembra potersi affermare che l'art. 1467, terzo comma, c.c. non possa essere valorizzato per ricavare un più generale obbligo di rinegoziazione del contratto. Anzi, limitandosi a prendere in considerazione soltanto tale norma, si sarebbe indotti a concludere per la soluzione negativa. La *reductio ad aequitatem* è sì possibile, ma solo se per essa opti la parte convenuta per la risoluzione del contratto, la quale si vede riconosciuta una facoltà e non gravata da un obbligo²¹.

¹⁸ A. BOSELLI, *La risoluzione*, cit., p. 298. Più di recente V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 524, che però evidenzia la specialità della fattispecie; G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 105 ss. L'Autore ravvisa nell'art. 1467, terzo comma, c.c., una norma attributiva di uno *ius variandi* ad esercizio giudiziale: «[i]l legislatore, in definitiva, attribuisce - nella fattispecie in questione - un diritto potestativo che ha la particolarità di non essere predeterminato nel suo contenuto; da qui la necessità di un controllo in primo luogo privato, poi - ove necessario - giudiziale al fine di valutare se la determinazione del contenuto (e quindi dell'atto di esercizio) sia avvenuta correttamente».

¹⁹ In proposito si rammenta che in dottrina la natura bilaterale della vicenda non è pacifica. L'opinione sicuramente prevalente, nonché tradizionale, è quella riferita nel testo: la modificazione scaturirebbe da una vicenda autenticamente contrattuale, frutto dell'incontro tra offerta e accettazione della stessa, secondo lo schema generale di perfezionamento del contratto di cui all'art. 1326 c.c. Risulta, invece, minoritaria l'opinione secondo cui la sola offerta della parte contro cui è domandata la risoluzione sarebbe idonea a determinare la modifica del contratto, purché equa. Per maggiori riferimenti, anche bibliografici, a questa tematica si rinvia a G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 101-102.

²⁰ Fornisce una spiegazione diversa F. DEL BENE, *Appunti*, cit., p. 210, secondo cui la tesi che configura il potere in esame come *ius variandi* non può soddisfare «perché è necessario l'intervento tecnico-valutativo del giudice affinché l'offerta acquisti valore». L'Autore, infatti, prende le distanze dalla dottrina maggioritaria, secondo cui il destinatario dell'offerta è l'attore, e ritiene che essa sia rivolta al giudice (p. 409).

²¹ Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, c. 2017, nella quale si legge: «[l']art. 1467 c.c. non impone al convenuto che voglia evitare la pronuncia di risoluzione del contratto di offrire una

La *reductio ad aequitatem* dell'art. 1467, terzo comma, c.c., viste le conclusioni a cui si è *supra* giunti, non parrebbe in grado di fornire elementi per la ricostruzione della tematica della gestione delle sopravvenienze, non potendo dirsi che essa sia atto di esercizio di un potere unilaterale di modifica del contratto, né che sia adempimento di un obbligo analogo a quello di rinegoziazione.

Tuttavia, l'istituto in esame, per quanto dall'ambito applicativo limitato al processo, è comunque un rimedio manutentivo del contratto e la sua disciplina contiene un'importante indicazione circa il carattere che deve essere proprio della modifica del contratto, sì da renderla idonea a sterilizzare la sopravvenienza.

Il Legislatore richiede che la modifica sia *equa*, nel senso che il convenuto deve proporre un'offerta idonea riequilibrare la corrispettività del contratto. Come chiarito dalla giurisprudenza, «[...] l'offerta di modifica è da considerare equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandare la risoluzione»²².

2.1. *Ius variandi* e contratti tipici

Nell'ambito della disciplina codicistica e speciale di alcuni contratti è possibile riscontrare previsioni che attribuiscono a una delle parti un potere di modifica unilaterale del contratto. Se alcune di queste norme che si analizzeranno hanno una

modifica delle condizioni contrattuali tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive posizioni esistenti al momento della stipulazione, atteso che dalla combinazione logica dei tre commi dell'articolo in esame si evince che la sopravvenuta onerosità della prestazione considerata dà diritto alla risoluzione soltanto se è eccessiva (primo comma) e non rientra nell'alea normale del contratto (secondo comma)».

²² Cass. 11 gennaio 1992, n. 247, cit. Conforme la dottrina, v.: F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 1038; E. GABRIELLI, *Rimedi*, cit., p. 207, il quale però esclude che si possa parlare di autentica equità. Non pare contraddire quanto *supra* riferito l'orientamento trasversale secondo cui la parte convenuta che si avvale della facoltà riconosciutagli dalla legge può tanto formulare un'offerta specifica, quanto rimettere al giudice il compito della sua concretizzazione. In tale senso Cass. 18 settembre 1972, n. 2748, cit.: «la parte che domanda tale provvedimento deve determinare esattamente le modificazioni che intende siano apportate ad una o più clausole del contratto rescindibile, ma, quando chiede che sia modificata una determinata clausola di tale contratto, può rimettersi al giudice perché, in base ad elementi oggettivi accertabili in giudizio, sia stabilita l'entità della proposta modificazione sufficiente per ricondurre il contratto ad equità». *Contra* A. DI MAJO, *Eccessiva*, cit., p. 662, in quanto la legge non consentirebbe alla parte di richiedere un tale intervento del giudice.

risalente tradizione giuridica alle spalle, altre sono il tentativo del Legislatore di rispondere a fenomeni nuovi e a crescente diffusione, in cui, come tratto comune, vi è un contraente in una posizione di debolezza rispetto all'altro.

Per la verità, non per tutte queste fattispecie vi è unanimità di vedute sull'inquadramento come ipotesi di *ius variandi*. Inoltre, esse sono state variamente classificate²³, al fine di sondare se siano ravvisabili dei punti di contatto e, quindi, per tentare di ricostruire in termini di teoria generale del diritto privato i criteri di ammissibilità dello *ius variandi*.

Nelle pagine seguenti si tenterà di portare in evidenza e analizzare le fattispecie di *ius variandi* contenute nel codice civile, distinguendole da quelle che solo in apparenza sono tali.

L'ipotesi più nota è di certo quella relativa al contratto di appalto. L'art. 1661 c.c. si apre con il riconoscimento al committente del potere *di apportare variazioni al progetto*²⁴.

Innanzitutto pare opportuno precisare che l'art. 1661 c.c. si riferisce alle modificazioni *non necessarie* dell'opera apportate dal committente. Ciò emerge con chiarezza da una considerazione complessiva della disciplina dell'appalto, ove all'art. 1660 c.c. sono poste le regole per le variazioni *necessarie* del progetto. Quest'ultime

²³ Ad esempio G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 45-46, prende in considerazione il margine di discrezionalità che la legge riconosce al titolare dello *ius*: mentre in alcuni casi il soggetto è investito di un potere ad ampio carattere discrezionale, in altri esso è attenuato, dovendosi giustificare l'esercizio o contenerlo entro precisi limiti. In altri casi ancora, invece, lo *ius variandi* è subordinato al verificarsi di precisi eventi. A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 163, distingue tra due categorie di previsioni di *ius variandi*: nella prima il potere è funzionale all'adeguamento del valore economico della prestazione minacciato dalla sopravvenienza; nella seconda, invece, la parte esercita il potere per conseguire un risultato che è fondamentale nell'economia dell'affare. M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 86, opera una classificazione in relazione alla funzione di volta in volta assolta dallo *ius variandi*.

²⁴ Per un approfondimento si rinvia a: A. CATRICALÀ, *Sub. Art. 1661 c.c.*, in A. CATRICALÀ - P. DUBOLINO (a cura di), *Libro IV, Delle obbligazioni, Artt. 1655-1702*, in C. RUPERTO (diretto da), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2012, pp. 99 ss.; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, in V. CUFFARO (a cura di), *I contratti di appalto privato*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Milano, 2011, pp. 175 ss., in part. pp. 235 ss.; D. RUBINO, *Voce Appalto privato*, in *Noviss. dig. it.*, I, 1, Torino, 1968, pp. 686 ss.; M. STOLFI, *Voce Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 629 ss.

non possono essere imposte tramite un atto di esercizio di uno *ius variandi*, ma sarà necessario che le parti si accordino, intervenendo altrimenti in subordine il giudice²⁵.

La *ratio* del riconoscimento al committente di un potere di andare a modificare il progetto anche per apportarvi delle variazioni non necessarie è la circostanza che l'opera da realizzare sarà del committente²⁶, il che gli consente di modificare la *lex contractus* a seguito di una nuova valutazione dei suoi interessi, non necessariamente in dipendenza del sopraggiungere di una causa esterna²⁷.

L'attribuzione di un potere siffatto è bilanciata dalla fissazione di un limite e di un contrappeso al fine di tutelare adeguatamente la posizione dell'appaltatore.

Quanto al limite, il Legislatore, piuttosto che circoscrivere qualitativamente l'oggetto della modifica, pone una soglia quantitativa: le variazioni sono consentite, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivamente convenuto. Qualora il loro valore superi il limite del sesto, l'appaltatore non è tenuto ad eseguirle. Ove lo faccia, si sarà in presenza di un accordo modificativo del regolamento di interessi originariamente convenuto e non si potrà più discutere di esercizio di *ius variandi*.

Quanto al contrappeso, si garantisce all'appaltatore il diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti, anche qualora il prezzo sia stato determinato complessivamente.

In ogni caso, ancorché contenute nel perimetro enunciato, le variazioni non sono consentite quando determinerebbero *notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima* (art. 1661, secondo comma, c.c.)²⁸. In questo modo

²⁵ Se le variazioni necessarie sono di valore superiore al sesto del prezzo pattuito, l'appaltatore si vede riconosciuto un diritto di recesso e, secondo le circostanze, un'equa indennità (art. 1660, secondo comma, c.c.), mentre, dal lato del committente, se le variazioni necessarie sono di notevole entità, pure gli è data la facoltà di recedere, ma con l'obbligo di pagare un equo indennizzo (terzo comma).

²⁶ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 49.

²⁷ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 164.

²⁸ Ha chiarito il significato di questa disposizione Cass. 20 giugno 2012, n. 10201, in *Mass. Giust. civ.*, 2012: «[i]n tema di appalto, al fine di individuare la fattispecie prevista dall'art. 1661, secondo comma, c.c., relativa alle variazioni del progetto, che importano "notevoli modificazioni della natura dell'opera", con conseguente inapplicabilità dello *ius variandi* del committente di cui al primo comma del citato art. 1661, occorre aver riguardo allo sconvolgimento del piano originario delle opere, che determina una sostituzione *consensuale* del regolamento contrattuale già in essere e trova concretezza

il Legislatore assicura all'appaltatore che sia conservata la struttura essenziale del contratto, evitando che la volontà da questi manifestata al tempo del perfezionamento del contratto sia frustrata unilateralmente dal committente²⁹.

Secondo l'opinione unanime della dottrina, l'art. 1661 c.c. contemplerebbe un'ipotesi di *ius variandi*³⁰.

L'art. 1661 c.c. si riferisce alle variazioni ordinate dal committente che determinano un aumento del prezzo. Tuttavia, si ritengono ammesse le variazioni che ne importino una diminuzione. A sostegno di questa tesi si adduce l'art. 1671 c.c.: se al committente è riconosciuto un diritto di recesso *ad nutum* dal contratto di appalto, a maggior ragione gli sarà consentito ridimensionare il progetto. In questo caso la riduzione del prezzo dovrà regolarsi secondo i criteri dettati per l'ipotesi di recesso e, quindi, l'appaltatore dovrà essere tenuto indenne delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno, ma con riguardo alla sola parte di progetto che non dovrà più realizzare³¹. Anche in questo caso si è innanzi ad un'ipotesi di *ius variandi*.

Nella disciplina dell'appalto l'unica ipotesi di autentico *ius variandi* è quella riferita di cui all'art. 1661 c.c., mentre si ritiene che la fattispecie contemplata all'art. 1659 c.c. abbia struttura contrattuale. Nello specifico, la norma preclude all'appaltatore di apportare variazioni alle modalità convenute dell'opera *se il committente non le ha autorizzate*. Il riferimento contenuto nella disposizione ad un'autorizzazione del committente pare sufficiente per ravvisare nella fattispecie un

in base a specifici parametri, correlati all'entità materiale e tecnica degli interventi di modifica o alla loro consistenza economica».

²⁹ Come già accennato, ove il committente reputi necessarie delle variazioni che eccedono i limiti previsti dalla legge, l'appaltatore sarà legittimato a rifiutarsi di eseguirle, continuando nell'esecuzione del contratto secondo quanto convenuto. Al committente non resterà che esercitare il diritto di recesso di cui all'art. 1671 c.c., tenendo però indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

³⁰ In dottrina per tutti P. SCHLESINGER, *Poteri*, cit., p. 22; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 524. Per la giurisprudenza si veda Cass. 27 febbraio 1995, n. 2290, in *Mass. Giust. civ.*, 1995: «[n]el contratto di appalto, le variazioni al progetto che il committente ha il potere di apportare assumendone i costi [...] non determinano, di per sé, la sostituzione del precedente contratto con uno diverso, ma solo la parziale modifica dell'oggetto della prestazione dovuta dall'appaltatore e l'obbligazione del committente di pagamento degli eventuali costi aggiuntivi [...]».

³¹ Sul tema M. D'AURIA, *Appalto*, in T. DE LUCA - R.D. COGLIANDRO - M. D'AURIA - M. RONZA, *Dei singoli contratti*, II, Milano, 2002, p. 29; G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 50.

accordo, scaturente dalla combinazione tra l'iniziativa dell'appaltatore e l'autorizzazione del committente³².

Oltre che per la specifica tematica del potere unilaterale di modifica del contratto, la disciplina dell'appalto ha rilievo più in generale per la materia della gestione delle sopravvenienze, di cui lo *ius variandi* è, come si è visto, soltanto un aspetto³³. Alcune sue disposizioni, infatti, rivelerebbero come il Legislatore del 1942, limitatamente ad alcune fattispecie contrattuali, abbia messo da parte la diffidenza verso i rimedi manutentivi del contratto, menzionata in apertura del capitolo, preferendoli ai rimedi ablativi³⁴.

Alla base di queste scelte vi sarebbero due motivazioni pratiche: *in primis* l'appaltatore effettua degli investimenti per l'esecuzione del progetto, che sovente non sono impiegabili in altro modo e che è bene non disperdere, come accadrebbe ove si risolvesse il contratto; inoltre, spesso *intorno* al contratto di appalto nascono altri contratti, sempre strumentali alla realizzazione dell'opera, che solo impropriamente possono dirsi ad esso collegati e che rischierebbero di non ricevere esecuzione, se il contratto di appalto venisse sciolto³⁵.

L'art. 1664 c.c., infatti, è norma dalla grande valenza sistematica, in quanto detta una disciplina per l'eccessiva onerosità speciale e parzialmente in deroga rispetto a quella generale di cui all'art. 1467 c.c.³⁶. Tale norma trova infatti applicazione

³² M. D'AURIA, *Appalto*, cit., p. 29; G. IORIO, *Le clause*, cit., p. 50.

³³ Per un approfondimento si rinvia a O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979.

³⁴ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 56; R. PENNAZIO, *Rischio*, cit. p. 163.

³⁵ Sulla *ratio* dell'art. 1664 c.c. scrive A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 59, che «[...] è innegabile che tale ultima disposizione esprima la piena consapevolezza del legislatore del '42 circa l'opportunità di assicurare, in alcuni settori contrattuali ed in determinate situazioni, la completa esecuzione del contratto nonostante il verificarsi di sopravvenienze».

³⁶ Sui rapporti tra l'art. 1664 c.c. e l'art. 1467 c.c. e sulla *ratio* della deroga apportata dall'art. 1664 c.c. all'art. 1467 c.c., si veda Cass. 5 febbraio 1987, n. 1123, in *Mass. Giust. civ.*, 1987: «[i]n tema di appalti, l'istituto della revisione dei prezzi è una particolare applicazione del più ampio istituto della "eccessiva onerosità" disciplinato dall'art. 1467 c.c., ai quali è comune il fondamento giuridico, rappresentato dal turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni, verificatosi in modo oggettivo e imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale; la revisione ha, poi, la finalità particolare di ovviare alla risoluzione di un contratto come quello di appalto, che, per la sua particolare natura merita di essere mantenuto in vita, tanto nell'interesse particolare dei contraenti, quanto in quello economico generale». Conforme Cass. 31 dicembre 2013, n. 28812, in *Mass. Giust. civ.*, 2013, la cui massima recita: «[i]n tema di appalto, la norma di cui all'art. 1664 c.c., per le fattispecie da essa contemplate, presenta carattere speciale rispetto alla disposizione di cui all'art. 1467 c.c., della quale

soltanto quando la fattispecie concreta non ricade nelle ipotesi tipizzate all'art. 1664 c.c.³⁷.

Essa prevede che, ove a causa di *circostanze imprevedibili* si verifichino variazioni di costi superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente hanno il diritto di *chiedere una revisione del prezzo medesimo* (art. 1664, primo comma, c.c.). Qualora poi si verifichino difficoltà di esecuzione dell'opera per cause geologiche, idriche o simili, tali da rendere notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, a quest'ultimo è riconosciuto *un equo compenso* (art. 1664, secondo comma, c.c.).

Dal tenore delle norme poste dall'art. 1664 c.c. sembrerebbe discendere per la parti del contratto di appalto, in presenza delle dette vicende, un autentico obbligo di rinegoziazione³⁸.

Non è mancato chi ha valorizzato la norma in commento arrivando ad ammetterne l'applicabilità per regolare la sopravvenuta onerosità rispetto ad altre fattispecie contrattuali³⁹ - quale, ad esempio, il contratto di assicurazione - in cui, al pari dell'appalto, si instaura un rapporto di durata e si effettuano investimenti non suscettibili di impiego alternativo⁴⁰.

impedisce l'applicabilità, in quanto non prevede la risoluzione del contratto, ma solo la revisione dei prezzi o, nel caso di cui al secondo comma, il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso».

³⁷ Precisa Cass. 3 novembre 1994, n. 9060, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, che «[l]art. 1467 c.c. può ritenersi applicabile ad un contratto di appalto solo nell'ipotesi in cui l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664 c.c., dovendo altrimenti la norma speciale prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari». In dottrina: O. CAGNASSO, *Appalto*, cit. pp. 138-140; R. PENNAZIO, *Rischio*, cit. pp. 163-164; M. D'AURIA, *Appalto*, cit., p. 41.

³⁸ Pare evidente che non si è di fronte a un fenomeno unilaterale, v. A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 162 e p. 165; R. PENNAZIO, *Rischio*, cit. p. 163.

³⁹ Fino ad arrivare alla tesi secondo cui l'art. 1664 c.c. non andrebbe ridotto a *lex specialis* rispetto all'art. 1467 c.c., ma andrebbe considerato statuto di un secondo modello di gestione delle sopravvenienze che si affianca a quello dell'art. 1467 c.c. Per una rassegna critica di queste ricostruzioni si rinvia a A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 57-59.

⁴⁰ Una risalente testimonianza nella giurisprudenza della Suprema Corte di una tendenza a valorizzare i rimedi manutentivi del contratto è costituita da Cass. S.U. 27 febbraio 1985, n. 1720, in *Foro it.*, 1985, c. 1687, con nota di F. MACARIO, il quale ben percepiva come essa fosse «allettante e densa di implicazioni anche inquietanti [...] che rilanciano il problema in un'ottica più generale». La questione sottoposta alla Suprema Corte, riguardante un contratto preliminare di cosa futura, concerneva la compatibilità tra la domanda ex art. 2932 c.c. e quella di riduzione del prezzo convenuto in un preliminare per vizi e difformità della cosa o quella volta a conseguire l'indennizzo per il minor valore della cosa stessa. Secondo i giudici di legittimità «inesattezze e difformità della cosa non ostano all'applicazione dell'art. 2932 c.c., tranne che, per incensurabile apprezzamento del

Altra ipotesi in cui il Legislatore codicistico ha riconosciuto a una delle parti un potere di modifica unilaterale del contratto connotata da un'ampia discrezionalità è quella contemplata nell'ambito della disciplina del contratto di trasporto di cose all'art. 1685, primo comma, c.c.⁴¹, la cui funzione è quella di permettere al mittente di procedere a una nuova valutazione dei suoi interessi nel corso del rapporto, che si traduce in una modifica del rapporto contrattuale, a prescindere dal consenso del vettore⁴².

Si prevede che il mittente ha il potere di sospendere il trasporto e chiedere la restituzione delle cose, ordinarne la consegna a un destinatario diverso da quello originariamente indicato o anche *disporre diversamente*⁴³. Per il contrordine del mittente è però previsto l'obbligo a suo carico di rimborsare le spese e risarcire i danni al vettore.

Proprio come per lo *ius variandi* previsto nel contratto di appalto, anche nella fattispecie in esame il Legislatore ha posto un limite, volto a salvaguardare la sfera del vettore. Il potere riconosciuto al mittente non potrà essere esercitato se le cose oggetto del contratto di trasporto sono già passate a disposizione del destinatario (art. 1685, terzo comma, c.c.).

giudice di merito, detti vizi e difformità siano tali da rendere radicalmente diverso il bene rispetto a quello pattuito. Su tale base va quindi verificata la possibilità di inserire o meno, nel giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto di compravendita, domande diverse da quella tipica volta a conseguire l'effetto traslativo. L'art. 2932 c.c., non contiene alcuna indicazione esplicita al riguardo, ma la soluzione positiva del quesito scaturisce dal rilievo che la norma citata offre un rimedio specifico contro il rifiuto della parte di stipulare il contratto definitivo, ma non esaurisce la tutela contro l'inadempimento. [...] Sicché, ove ricorrano le condizioni suindicate per l'esecuzione specifica del preliminare, nulla detta al promissario non inadempiente di chiedere la pronuncia costitutiva contestualmente alla riduzione del prezzo».

⁴¹ Ritengono che si tratti di un'autentica ipotesi di *ius variandi*: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Napoli, 1994, p. 245; P. SCHLESINGER, *Poteri*, cit., p. 22; G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 50; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 168; M. D'AURIA, *Trasporto*, in T. DE LUCA - R.D. COGLIANDRO - M. D'AURIA - M. RONZA, *Dei singoli*, cit., p. 78.

⁴² A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 168.

⁴³ Si ritiene che, quando la legge riconosce al mittente un potere di disporre diversamente, non sia comunque consentito a questi di imporre al vettore una prestazione completamente diversa da quella in origine pattuita. In tal senso M. D'AURIA, *Trasporto*, cit., p. 78.

Sempre in tema di contratto di trasporto di cose, potrebbe indurre a ritenere che si tratti di un'ipotesi di *ius variandi*⁴⁴ quanto previsto all'art. 1686, secondo comma, c.c.

Come regola generale, in caso di circostanze che incidano sul trasporto, il vettore è tenuto a chiedere istruzioni al mittente (art. 1686, primo comma, c.c.); tuttavia, ove non sia possibile richiedere tali istruzioni, è consentito al vettore depositare le cose in conformità a quanto previsto dall'art. 1514 c.c. sul deposito della cosa venduta, oppure farle vendere, qualora si tratti di cose deteriorabili, in conformità a quanto previsto dall'art. 1515 c.c. sull'esecuzione coattiva per inadempimento del compratore. Resta fermo che di queste iniziative del vettore deve prontamente essere informato il mittente (art. 1686, secondo comma, c.c.).

Non può negarsi che in queste fattispecie si assista alla variazione unilaterale delle modalità di svolgimento del rapporto contrattuale, tuttavia è bene evidenziare che il vettore non si vede riconosciuto nessun tipo di situazione giuridica soggettiva attiva, ma risulta gravato da un autentico obbligo. L'art. 1686, secondo comma, c.c., può infatti essere considerato soltanto come una declinazione particolare dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto e non come ipotesi di modifica unilaterale dello stesso⁴⁵.

Anche nel contratto di mandato, secondo alcuni autori, sarebbe possibile riscontrare l'attribuzione di un potere di modificare unilaterale. Si richiama l'art. 1711, secondo comma, c.c., che riconosce al mandatario la facoltà di discostarsi dalle istruzioni ricevute dal mandante qualora sopravvengano *circostanze ignote* al mandante, che non possano essergli comunicate in tempo, qualora si possa ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe dato la sua approvazione alla modifica⁴⁶.

⁴⁴ Come ritengono A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 169; M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 86, la quale ravvisa un'ipotesi di *ius variandi* anche nell'art. 1690 c.c.

⁴⁵ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 112, il quale giunge alle medesime conclusioni anche con riguardo alla previsione in tema di deposito di cui all'art. 1770, secondo comma, c.c., che riconosce al depositario il potere di esercitare la custodia in modo diverso da quello convenuto, ove circostanze urgenti lo richiedano, ma dandone comunque avviso al depositante non appena possibile. Considerazioni analoghe vengono svolte con riferimento alla previsione in tema di mandato di cui all'art. 1711, secondo comma, c.c., per la quale v. *infra*.

⁴⁶ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 87, che colloca la fattispecie tra quelle che presentano uno spiccato connotato di unilateralità.

Per l'esercizio del potere riconosciuto al mandatario, dunque, devono ricorrere congiuntamente i tre presupposti della sopravvenienza di una circostanza non conosciuta dal mandante, dell'impossibilità di informare questi della stessa e della formulazione di un giudizio ipotetico in ordine alla volontà del mandante di approvazione della variazione avuta in mente dal mandatario.

Da tali presupposti si può desumere che la norma di cui all'art. 1711, secondo comma, c.c., trovi il suo fondamento nella circostanza che il mandatario deve realizzare nel miglior modo possibile l'interesse del mandante⁴⁷.

Tuttavia, pare potersi dubitare della riconducibilità della fattispecie di cui all'art. 1711, secondo comma, c.c., alle ipotesi codicistiche di variazione unilaterale del contratto. A sostegno di tale tesi si può addurre la circostanza che, per opinione nettamente prevalente di dottrina e giurisprudenza⁴⁸, nonostante l'utilizzo del verbo *può discostarsi*, il mandatario sarebbe gravato da un autentico obbligo di discostarsi dalle istruzioni impartitegli dal mandante in presenza dei riferiti presupposti. Si ricostruisce allora tale obbligo del mandatario alla luce dei doveri di diligenza e di buona fede, nonché della *ratio* della disposizione, *supra* evidenziata⁴⁹.

⁴⁷ Analogamente, in tema di contratto di spedizione - che del mandato è una variante -, l'art. 1739, primo comma, c.c., prevede che lo spedizioniere sia tenuto ad osservare le istruzioni del committente nella scelta della via, del mezzo e delle modalità di trasporto della merce. Solo in assenza di istruzioni sarà consentito allo spedizioniere decidere, ma comunque operando una scelta secondo il criterio del miglior interesse del committente. A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 163, esclude che ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di *ius variandi*, in quanto lo spedizioniere può solo determinare talune modalità della prestazione, ma non modificare il contenuto della stessa.

⁴⁸ R. PENNAZIO, *Rischio*, cit. p. 183; Cass. 11 dicembre 1995, n. 12647, in *Foro it.*, 1996, cc. 544 ss., con nota di F. CASO: «[...] pare al collegio che meriti senz'altro piena adesione quella corrente dottrina che identifica, quando si profilino le condizioni ipotizzate dal menzionato art. 1711, secondo comma, non già una mera facoltà, bensì un vero e proprio obbligo del mandatario [...]. Parlare, in situazioni del genere, di una semplice facoltà del mandatario di non seguire le indicazioni del mandante significherebbe ipotizzare una scelta discrezionale in ordine al perseguimento o meno dell'interesse alla cui realizzazione il contratto è preordinato: il che appare manifestamente incongruo, onde è da ritenere che l'uso del verbo "può", nella norma in esame, stia unicamente a sottolineare il margine di discrezionalità tecnica [...], ma non certo ad escludere l'obbligatorietà giuridica, per il mandatario, dei comportamenti suggeriti da una scelta tecnica correttamente concepita».

⁴⁹ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 111: «[d]iscutere, in situazioni di tal fatta, di una semplice facoltà del mandatario di non eseguire le indicazioni del mandante, significherebbe ipotizzare una scelta discrezionale in ordine al perseguimento o meno dell'interesse alla cui realizzazione il contratto è preordinato [...]».

Un'ulteriore ipotesi di *ius variandi* potrebbe essere individuata nell'art. 1560, secondo comma, c.c., in tema di contratto di somministrazione. Qui si prevede che, se è stato convenuto per la somministrazione o per le singole prestazioni soltanto il limite massimo e quello minimo, l'avente diritto alla somministrazione determina il quantitativo dovuto, ovviamente entro i predetti limiti.

Tuttavia, a ben vedere, più che di fronte a una modificazione del rapporto contrattuale, nato con oggetto determinabile, ma non ancora determinato, si è innanzi al riconoscimento a una delle parti del rapporto del potere di andare a determinare l'oggetto, sì da rendere possibile l'esecuzione del contratto⁵⁰.

Potrebbe ricondursi alle fattispecie di variazione unilaterale del rapporto contrattuale il diritto di riscatto riconosciuto al debitore nei rapporti di rendita perpetua dall'art. 1865 c.c.⁵¹, in quanto con il riscatto si determinerebbe una sorta di variazione del contenuto dell'obbligo del debitore, non più tenuto al pagamento della rendita, ma a quello della relativa capitalizzazione.

Tuttavia, a escludere ciò è il tenore dell'art. 1866 c.c., sull'esercizio del diritto di riscatto, che chiarisce come per il riscatto non sia sufficiente la sola dichiarazione del debitore, ma anche il pagamento della somma determinata in base al criterio ivi indicato⁵². Conseguentemente, l'esercizio del diritto di riscatto, più che modificare il rapporto di rendita, lo estingue, non perdurando un momento obbligatorio tra la dichiarazione di riscatto e il pagamento effettuato dal debitore.

Non può poi prescindere dal prendere in considerazione l'art. 2013 c.c. in tema di contratto di lavoro, il quale, come noto, è stato modificato dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81⁵³. Tra le principali novità della novella, si segnala quanto segue: per la valutazione della legittimità dello spostamento a nuove mansioni si assiste al

⁵⁰ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 49; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 163. Per i rapporti tra questa disposizione e l'art. 6 della legge n. 192/1998 sulla subfornitura vedi *infra*.

⁵¹ Come fa P. SCHLESINGER, *Poteri*, cit., p. 23.

⁵² G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 56.

⁵³ Per un approfondimento su questa riforma, che esula dall'oggetto del presente lavoro, si rinvia a C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015; M. DEL CONTE, Voce *Mansioni (nuova disciplina delle)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2016, pp. 521 ss.; A. AVONDOLA, Voce *Mansioni e ius variandi (Jobs Act)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2017, pp. 233 ss.

superamento del rigido criterio dell'*equivalenza alle ultime mansioni effettivamente svolte* e all'introduzione del nuovo criterio più elastico della riconducibilità delle nuove mansioni *allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*⁵⁴; la disciplina del demansionamento; il ruolo attribuito alla contrattazione collettiva. *Ratio* della previsione risiederebbe nell'esigenza di flessibilità nell'organizzazione del lavoro di cui è portatore l'imprenditore⁵⁵.

Quando la norma era ancora rubricata *mansioni del lavoratore*, diffusa era la tesi secondo cui un mutamento di quest'ultime fosse possibile soltanto con l'accordo tra datore e prestatore di lavoro. In seguito, è prevalsa la tesi della natura autenticamente unilaterale del potere riconosciuto al datore di lavoro, fermo il divieto di variazioni peggiorative delle mansioni di lavoro e con alcuni limiti positivamente fissati in caso di spostamento del lavoratore a mansioni superiori⁵⁶.

Deve indagarsi se questa tesi possa considerarsi ancora attuale, nella vigenza della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. Oggi è opinione nettamente prevalente che non possa dirsi incisa la natura di autentico *ius variandi* che la norma attribuisce al datore di lavoro.

Ricorrono poi nel codice civile una serie di disposizioni che sembrano attribuire a una delle parti del contratto un potere di incidere sul rapporto, ma soltanto al verificarsi di determinate circostanze.

Ad esempio, l'art. 1577, c.c., in tema di contratto di locazione, prevede che, nel caso in cui la *res* locata necessiti di riparazioni che non sono a carico del conduttore, questi è tenuto a comunicarlo al locatore (primo comma). Tuttavia, nel caso in cui vi sia l'urgenza di provvedere alla riparazione, è attribuito al conduttore di eseguirle direttamente, avvisando il locatore e acquistando il diritto al rimborso delle somme

⁵⁴ M. DEL CONTE, Voce *Mansioni*, cit., p. 521, discute di mutamento *radicale*, in quanto si «passa da una valutazione di carattere soggettivo basata sullo specifico bagaglio di conoscenze ed esperienze acquistate dal singolo lavoratore nella fase pregressa del rapporto di lavoro, a una tutela di carattere oggettivo individuata nell'inquadramento professionale del dipendente, solo a partire dal quale è riproponibile la questione del demansionamento».

⁵⁵ A. AVONDOLA, Voce *Mansioni*, cit., p. 233.

⁵⁶ In dottrina P. SCHLESINGER, *Poteri*, cit., p. 22; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 524. In giurisprudenza, *ex multis*: Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Lavoro (Rapporto)*, n. 1071; Cass. 8 agosto 2011, n. 17095, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 1133.

anticipate (secondo comma). Dunque, soltanto quando la riparazione si presenti come urgente sorge per il conduttore il potere di eseguirle direttamente⁵⁷.

In tema invece di affitto di fondi rustici pluriennale, l'art. 1635, primo comma, c.c., prevede che, in caso di perimento di almeno la metà dei frutti per caso fortuito, l'affittuario è legittimato a chiedere una riduzione del fisso, a meno che la perdita sia compensata da quelli che è riuscito a raccogliere⁵⁸. Inoltre, l'art. 1636 c.c. statuisce che, qualora l'affitto duri un solo anno, in presenza della detta perdita l'affittuario può chiedere di essere esonerato dal pagamento del fitto in misura non superiore alla metà. *Ratio* delle previsioni è la volontà di evitare che, in presenza di circostanze che incidano negativamente sulla produttività del fondo rustico, si realizzi un nocumento per il solo affittuario⁵⁹. Questi, allora, in presenza delle riferite specifiche circostanze sopravvenute, idonee a determinare uno squilibrio nel sinallagma del contratto, è legittimato a chiedere (ed ottenere) per via giudiziale una modifica del rapporto.

Nella disciplina del contratto di assicurazione si possono poi individuare tutta una serie di norme a garanzia della corrispettività, che ricollegano al verificarsi di certi eventi che determinano una modificazione del rischio un potere dell'assicuratore di modificare il contratto e, segnatamente, il premio, come alternativa allo scioglimento del rapporto. La dottrina tende a ravvisare in esse ulteriori fattispecie di *ius variandi*⁶⁰.

L'art. 1897, primo comma, c.c., prevede che, se diminuisce il rischio, l'assicuratore ha la scelta tra la riduzione del premio assicurativo e il recesso. Con la riduzione, quindi, si realizza una modifica del rapporto. Ancora: nell'ipotesi in cui si verifichi un aggravamento del rischio, l'assicurato deve comunicarlo all'altra parte (art. 1898, primo comma, c.c.), che può recedere (secondo comma). Se, tuttavia, il sinistro si verifica prima del termine previsto dalla legge affinché il recesso acquisti efficacia (terzo comma), si prevede a seconda dei casi che l'assicuratore non sia

⁵⁷ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 86, inquadra la fattispecie tra quelle ipotesi di *ius variandi* con uno spiccato connotato di unilateralità.

⁵⁸ Sull'ambito di applicazione della norma ha inciso l'art. 12 della legge 12 giugno 1962, n. 567.

⁵⁹ Come osserva S. BOLOGNINI, *Artt. 1635-1636*, in E. GABRIELLI (diretto da) - D. VALENTINO (a cura di), *Commentario del codice civile, Dei singoli contratti, Artt. 1548-1654*, Tomo II, Volume I, Torino, 2011, p. 509, gli artt. 1635 e 1636 c.c. determinano «una sorta di *reductio ad aequitatem* del canone divenuto eccessivamente oneroso».

⁶⁰ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 93.

tenuto a risponderne oppure che sia tenuto a pagare una somma minore (quinto comma), determinandosi così una modifica del rapporto⁶¹.

3. Lo *ius variandi* nel codice del consumo

In una disamina della tematica del potere di modificazione unilaterale del contratto non può prescindersi dall'analizzare alcune disposizioni oggi contenute nel codice del consumo⁶² e precisamente le lettere *m* ed *o* dell'art. 33, secondo comma, cod. cons., la lettera *b* del terzo comma e il quarto comma del riferito articolo⁶³. A prescindere dal loro specifico ambito di applicazione, non è mancato chi ha voluto scorgere in queste disposizioni la volontà del Legislatore di codificare in termini generali il potere unilaterale di modifica del contratto, quantomeno con riferimento ai contratti d'impresa⁶⁴.

Tra le clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria vi sono quelle che consentono al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto o le caratteristiche del prodotto o del servizio, senza un giustificato motivo

⁶¹ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 95, ravvisa una continuità tra gli artt. 1897 e 1898 c.c.: «al sopraggiungere di circostanze esterne, in grado di incidere in non poca misura sull'iniziale assetto di interessi, lo *ius variandi* previsto dal legislatore si configura come un rimedio idoneo a garantire il riequilibrio contrattuale e, quindi, la successiva esecuzione del rapporto rinnovato [...]».

⁶² Tali norme nascono dall'attuazione della direttiva 93/13/CE, la cui disciplina di recepimento è stata in un primo momento inserita nel codice civile (artt. 1469 *bis* - 1469 *sexies* c.c.), per poi essere trasfusa nel codice del consumo. Esse sono sostanzialmente corrispondenti a quelle già contenute nel codice civile (v. art. 1469 *bis*, terzo comma, n. 11 e n. 13). A. SCARPELLO, *Ius variandi*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, pp. 679 ss., p. 702, sottolinea come gran parte delle difficoltà che tali norme pongono all'interprete - ma il discorso può generalizzarsi a tutta la disciplina consumeristica - dipenda da due circostanze: la eterogeneità dei modelli di riferimento confluiti nella direttiva e la mancanza di un intervento di sistemazione e di coordinamento di ampio respiro ad opera del Legislatore.

⁶³ Per queste norme si rinvia a L. SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti dei consumatori*, Padova, 1999, pp. 1023 ss.; A. SCARPELLO, *Ius variandi*, cit., in partt. pp. 700 ss. Come contributi di più ampio respiro v.: G. DE CRISTOFARO, *Il Codice del Consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 747 ss.; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 65 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 5 ss.; G. ALPA, *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 237 ss.

⁶⁴ *Contra* A. SCARPELLO, *Ius variandi*, cit., pp. 706-707.

indicato nel contratto stesso (lett. m). Vi sono pure quelle che permettono al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto (lett. o). Ove non superino il giudizio di vessatorietà, dette clausole saranno colpite dalla nullità di protezione di cui all'art. 36 cod. cons.⁶⁵.

Le norme sono formulate in negativo, nel senso che individuano degli indici che consentono di formulare una presunzione di vessatorietà, ma, lette in positivo, permettono anche di individuare i limiti legali entro cui può essere riconosciuto al professionista un potere unilaterale di modificazione del contratto senza dover affrontare il giudizio di vessatorietà⁶⁶.

A prima vista tra le due previsioni sussiste un rapporto di genere a specie, in quanto la prima tipologia di clausole è quella che attribuisce un generale potere di modifica della *lex contractus*, mentre la seconda norma contempla l'ipotesi specifica della modifica del prezzo. Tuttavia, il Legislatore non è riuscito a strutturare le due disposizioni in modo organico⁶⁷. Nella prima, infatti, si pone il giustificato motivo quale base per l'esercizio dello *ius variandi*, senza prevede il diritto di recesso del consumatore quale strumento di reazione alla modifica; nella seconda, invece, non si ribadisce la necessità della ricorrenza di un giustificato motivo e, quindi, il potere è sganciato da una ragione giustificatrice, essendo però garantito il diritto di recesso in caso di aumento eccessivo del prezzo.

Per giustificare tale dato letterale si potrebbe pure sostenere che in realtà la differenza tra le due norme è frutto della preoccupazione del Legislatore di rendere più agevole la variazione del prezzo, dal momento che saranno queste le modifiche a cui più avrà interesse il professionista. Risulta infatti evidente che, sganciando la modifica dal giustificato motivo, si amplia il potere.

Tuttavia, la ricostruzione più vicina al dato letterale delle norme in esame è stata respinta dalla dottrina prevalente, che si è preoccupata di assicurarne una lettura più coerente con quelle che paiono delle linee di tendenza ormai consolidate in tema di

⁶⁵ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 180-181, esclude la possibilità di un intervento correttivo del giudice per riportare alla legalità la clausola vessatoria. Per il dibattito sul rapporto tra la sanzione della nullità di protezione con la nullità del codice civile, si rinvia a SCARPELLO, *Ius variandi*, cit., pp. 702 ss.

⁶⁶ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 111.

⁶⁷ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 275, imputa ciò alla matrice comunitaria delle norme.

ius variandi. Pertanto, con riguardo alla clausola di cui alla lettera o, si è ritenuto comunque necessario il richiamo al giustificato motivo per l'aumento del prezzo al fine di salvarla da una censura per vessatorietà⁶⁸.

Come infatti sarà più evidente grazie ai dati normativi analizzati nelle pagine seguenti, il Legislatore ha richiesto nella prevalenza delle fattispecie di esercizio del potere unilaterale di modifica una ragione giustificatrice, che, peraltro, sembrerebbe necessaria anche semplicemente sulla base della clausola di buona fede.

Per assicurare coerenza tra le due disposizioni in esame, ravvisando tra le stesse un rapporto *genus-species*, si potrebbe pure affermare che il Legislatore nella lettera o dell'art. 33, secondo comma, cod. cons., ha presupposto la necessità del giustificato motivo, esplicitato con riguardo alla norma più generale, di cui alla lettera m.

Quanto, invece, al recesso, il fatto che esso sia contemplato nella norma speciale (lett. o) precluderebbe la sua estensione a quella generale (lett. m.). Tuttavia, una ricostruzione che tenga conto delle linee di tendenza dell'ordinamento, nonché soprattutto della clausola di buona fede, potrebbe anche giungere alla conclusione che in un rapporto professionista-consumatore sarebbe incongruo vincolare il consumatore pur a seguito di una modifica unilaterale che snatura quella che è stata la valutazione da questi compiuta al tempo del perfezionamento del contratto.

Nell'art. 33 cod. cons. sono collocate altre previsioni in tema di *ius variandi*, che sono però relative soltanto ad alcuni contratti e precisamente a quelli che hanno per oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato. L'art. 33, terzo comma, lett. b, cod. cons., deroga la lettera m, *supra* analizzata, consentendo al professionista di modificare le condizioni di contratto in presenza di un giustificato motivo, dandone preavviso entro un congruo termine al consumatore, che potrà recedere. Inoltre, sempre in materia di contratti ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, all'art. 33, quarto comma, cod. cons. si riconosce al professionista la possibilità di modificare senza preavviso, ma pur sempre in presenza di un

⁶⁸ S. PAGLIANTINI, *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *Contr.*, 2012, pp. 197 ss., p. 202; A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 177; A. SCARPELLO, *Ius variandi*, cit., pp. 706-707, il quale si esprime in termini molto critici rispetto alla clausola di cui alla lett. o, «perché, oltre a costituire una deroga ai principi della disciplina generale del contratto (art. 1355 c.) consentendo una determinazione meramente potestativa, sembra legittimare una pratica in conflitto con i principi della concorrenza e della correttezza e lealtà nella contrattazione» (p. 709).

giustificato motivo, in deroga alla lettera o, *supra* esaminata, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone però immediata comunicazione al consumatore, che ha la facoltà di recedere.

La differenza principale tra le clausole di cui alle lett. m e o dell'art. 33, secondo comma, cod. cons. e le previsioni di cui ai commi terzo e quarto del medesimo articolo sembra risiedere nel profilo attributivo dello *ius variandi*. Nel primo caso l'attribuzione del patto passa per il patto, mentre nel secondo caso ha fonte direttamente nella legge.

La *ratio* di questa differenziazione potrebbe ravvisarsi nella circostanza che per i contratti aventi ad oggetto servizi finanziari è più forte l'esigenza di adeguamento in corso d'opera rispetto ai normali contratti tra professionista e consumatore⁶⁹. Tuttavia, se ciò fosse vero, non si comprende per quale ragione lì dove vi è la stessa esigenza, e cioè nei casi regolati dagli artt. 118 e 126 *sexies* t.u.b., come si vedrà *infra*, si sia fondato lo *ius variandi* della banca e del prestatore dei servizi di pagamento sull'accordo e non direttamente nella legge.

Inoltre, per quanto detto *supra*, non si ritiene che la tutela offerta al consumatore nell'art. 33, terzo comma, lett. b., cod. cons., basata sulla combinazione giustificato motivo-recesso sia più forte rispetto a quanto previsto in termini più generali dalla lettera m del secondo comma, visto che anche in quest'ultimo caso per un'esigenza di coerenza non pare potersi negare il diritto di recedere.

Le norme del codice del consumo analizzate nel presente paragrafo, oltre ai problemi che si è tentato di mettere in evidenza, presentano poi un ulteriore problema concernente il loro ambito applicativo. Si vedrà, infatti, che il Legislatore è intervenuto a regolare con norme *ad hoc* lo *ius variandi* in alcuni rapporti asimmetrici, prima attratti nell'ambito di applicazione della disciplina contenuta nel codice del consumo, ponendosi dunque il problema dello spazio da riservare in questi casi al codice del consumo. Questa tematica sarà affrontata nei paragrafi seguenti volta per volta rispetto ad ogni settore per il quale essa viene in rilievo.

⁶⁹ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 290.

4. Lo *ius variandi* bancario

Nell'ambito dei contratti bancari, dai quali solitamente nascono rapporti di durata, è molto forte l'esigenza di adeguamento del rapporto nel corso del tempo⁷⁰. Per questo motivo la contrattazione bancaria, attraverso le norme bancarie uniformi, ha conosciuto lo *ius variandi*⁷¹ sin da prima che il Legislatore intervenisse a disciplinarlo⁷². Infatti, soltanto al 1992 risale il primo intervento normativo in materia di *ius variandi* bancario⁷³. Con esso il Legislatore ha dato riconoscimento al

⁷⁰ Sulla distinzione tra rapporti bancari a tempo determinato e a tempo indeterminato come una delle direttrici di sviluppo della normativa in materia di trasparenza bancaria, si rinvia a A. MIRONE, *La "rilevanza del tempo" nella disciplina dei rapporti bancari di durata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, pp. 417 ss.

⁷¹ Tra i principali scritti in materia di *ius variandi* bancario si segnalano: i contributi raccolti in A.A. DOLMETTA- A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, pp. 177 ss.; A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, pp. 93 ss.; V. TAVORMINA, *Ius variandi e contratti bancari*, in *Giur. comm.*, 2013, pp. 309 ss.; G. SANTONI, *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, pp. 249 ss.; P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, pp. 262 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 122 ss.; A. SCARPELLO, *Il "nuovo" ius variandi della banca dopo la conversione del cd. "decreto sviluppo"*, in *Contr. impr.*, 2012, pp. 585 ss.; A. SANTANGELO, *Sub. Art. 118*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo III, Padova, 2018, pp. 1893 ss.; P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999.

⁷² V. art. 15 delle norme bancarie uniformi sui conti correnti di corrispondenza e servizi connessi.

⁷³ Per quanto non più vigente, si ritiene utile riportare le norme rilevanti nella materia *de quo* contenute nella legge 17 febbraio 1992, n. 154, *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, anche alla luce di alcune considerazioni che verranno svolte *infra*. In particolare, l'art. 4, secondo comma, della legge, prevedeva: «[l]eventuale possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con una clausola approvata specificamente dal cliente»; mentre l'art. 6 statuiva: «1. I tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni previsti nei contratti di durata possono essere variati in senso sfavorevole al cliente, purché ne sia data al medesimo comunicazione scritta presso l'ultimo domicilio notificato. 2. Nelle ipotesi in cui si proceda a variazioni generalizzate della struttura dei tassi, la comunicazione di cui al comma 1 potrà avvenire in modo impersonale tramite inserzione di appositi avvisi nella Gazzetta Ufficiale. 3. Su conforme delibera del CICR, la Banca d'Italia può prevedere diverse modalità di comunicazione per le variazioni riguardanti determinate categorie di operazioni e servizi ove ciò sia giustificato da motivate ragioni tecniche. 4. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci. 5. Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione scritta il cliente ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente in essere. Ove siano ammesse forme di comunicazione impersonali, il termine suddetto decorre dalla pubblicazione dei relativi avvisi».

riferito bisogno di adeguamento dei rapporti bancari, che non è riferibile ai singoli istituti di credito, ma è proprio del mercato creditizio nel suo complesso.

Molteplici sono state le novelle a questa disciplina, volte principalmente a rafforzare la tutela dei clienti degli istituti di credito⁷⁴; il quadro che oggi ne risulta è molto articolato⁷⁵, al punto che per la sua comprensione è necessario uno studio approfondito della materia. Nei primi tempi ad indagare i problemi di coordinamento tra le varie norme e questioni poste dall'istituto è stata soltanto la dottrina, essendo molto sporadica la giurisprudenza investita della materia. Il quadro è cambiato con l'istituzione dell'Arbitro Bancario Finanziario, che ha fornito un importante contributo per la ricostruzione del sistema dello *ius variandi* bancario, con quella che può definirsi come un'attività paragiurisdizionale⁷⁶. Non pare comunque inutile auspicare un intervento definitorio del Legislatore volto a una risistemazione della materia⁷⁷.

La disciplina di riferimento è quella contenuta all'art. 118 del testo unico bancario (d'ora in poi t.u.b.). La disciplina dell'art. 118 t.u.b. è richiamata dall'art. 125 *bis*, secondo comma, t.u.b. per i contratti di credito ai consumatori, che dal 2010 non sono più destinatari di una disciplina speciale in materia, una volta abrogato l'art. 124, secondo comma, lett. d, t.u.b. Invece la disciplina da applicare ai servizi di pagamento è quella dell'art. 126 *sexies* t.u.b., che sarà oggetto di analisi separata. Infine, come si vedrà *infra*, a venire in rilievo è anche l'art. 33 del codice del consumo.

Partendo dall'analisi dell'art. 118 t.u.b., al primo comma, con riguardo ai contratti a tempo indeterminato, esso consente di pattuire che alla banca competa uno *ius*

⁷⁴ A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 94.

⁷⁵ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 183 parla di «esuberanza di tutte queste normative»; A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 235, discorre di «scenario piuttosto frastagliato che introduce regimi differenti del *ius variandi* bancario sulla base di criteri soggettivi e oggettivi»; invece A. SCARPELLO, *Il "nuovo" ius variandi*, cit., pp. 575-576, ritiene che la materia sia regolata «da disorganiche discipline settoriali».

⁷⁶ A. CENTINI, *Lo ius variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Contr.*, 2012, pp. 182 ss.

⁷⁷ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza. Atti del convegno di San Miniato, 22-23 ottobre 2010*, Torino, pp. 65 ss. Da ultimo A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 143 ss.

variandi; tale clausola deve essere approvata *specificatamente* del cliente e, quanto al suo contenuto, deve legare l'esercizio del potere unilaterale di modifica alla ricorrenza di un *giustificato motivo*.

Quanto agli altri contratti, *i.e.* quelli a tempo determinato⁷⁸, si prevede un limite oggettivo: il potere di variazione può essere attribuito pattiziamente, ma non può riguardare i tassi di interesse. Anche in questo caso la clausola deve essere formulata in modo tale da subordinare l'atto di esercizio dello *ius* al ricorrere di un *giustificato motivo*.

La disciplina da ultimo riportata subisce poi una deroga da parte del comma 2 *bis* del medesimo art. 118 t.u.b., introdotto nel 2011⁷⁹, concernente l'ipotesi in cui il contratto sia concluso da un soggetto che non sia consumatore o microimpresa: in questo caso la clausola attributiva dello *ius variandi* potrà riguardare anche i tassi di interesse, purché si ricollegli la loro modifica *al verificarsi di specifici eventi e condizioni predeterminati nel contratto*.

Quanto alle modalità di esercizio del potere conferito in conformità alle norme *supra* riportate, l'art. 118, secondo comma, t.u.b., oggi prevede che l'atto di esercizio dello *ius variandi* deve essere comunicato *espressamente* al cliente con preavviso di due mesi, attraverso un documento in forma scritta o mediante altro supporto durevole previamente accettato dal cliente. Esso deve far percepire il suo contenuto sin dall'intestazione, per la quale si prevede il doveroso utilizzo della formula

⁷⁸ Come noto, una delle questioni maggiormente problematiche che ruota intorno all'art. 118 t.u.b. è quello della sua applicabilità al mutuo. Il problema si è posto sin dall'entrata in vigore del primo nucleo della disciplina. Innanzitutto ad esser controversa è proprio la riconducibilità del mutuo ai contratti di durata, esaurendosi il ruolo della banca essenzialmente nella dazione della somma che perfeziona il contratto. Anche ritenendo che il mutuo sia un contratto di durata, a rendere difficile la riferibilità dello *ius variandi* ad esso è la previsione del recesso quale strumento di reazione del cliente rispetto alla modifica unilaterale, visto il suo forte interesse al mantenimento del rapporto. La dilazione dell'obbligo di restituzione della somma mutuata, infatti, pare incompatibile con il recesso del cliente che non voglia subire la modifica unilaterale del contratto. Il cliente che recede, infatti, sarebbe esposto alla restituzione immediata della somma presa a mutuo. In tema, v. E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 508 ss.; ABF Napoli, 15 marzo 2010, n. 122, Presidente Quadri, Estensore Guizzi.

⁷⁹ Con l'art. 8 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni nella l. 12 luglio 2011, n. 106. La formulazione originaria della disposizione consentiva la generale derogabilità delle norme contenute nell'art. 118 t.u.b. in caso di contratti stipulati con consumatori e con microimprese, in analogia con quanto previsto in tema di servizi di pagamento dall'art. 126 *bis* t.u.b., *infra* analizzato. Tuttavia, la portata della norma fu considerevolmente ridimensionata in sede di conversione del decreto. A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 94, ritiene che tale novella sia stata dettata dall'esigenza di restituire alcuni margini di manovra all'autonomia privata rispetto allo *ius variandi* bancario.

proposta di modifica unilaterale del contratto, sì da catturare l'attenzione del cliente⁸⁰. Per l'invio di questi documenti non possono essere addebitati costi al cliente, ex art. 127 *bis* t.u.b.⁸¹.

Si ricorda che in passato la normativa era sbilanciata a favore degli istituti di credito, consentendosi alla banca che intendesse variare le condizioni contrattuali di una certa tipologia di rapporto di procedere ad una generale e impersonale pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale⁸²; di fatto in questo modo veniva frustrata la previsione del diritto di recesso, che doveva essere esercitato entro un termine troppo breve da tale adempimento, difficilmente conoscibile da parte del cliente.

Quanto alla tempistica, per l'atto recettizio di esercizio dello *ius variandi* è previsto un preavviso minimo due mesi⁸³. Tale termine è funzionale *in primis* per consentire al cliente la comprensione della variazione, e, in subordine, per valutare se esercitare il diritto di recesso che gli accorda lo stesso art. 118, secondo comma, t.u.b. Al cliente non è dato rifiutare la modifica⁸⁴, come nel caso dei servizi di pagamento, su cui si ritornerà *infra*, ma l'unico strumento di reazione a sua disposizione è il recesso. Tale diritto può essere esercitato fino quando non divenga operativa la modifica. In caso di suo esercizio, il cliente dovrà vedersi liquidato il rapporto secondo le condizioni precedentemente convenute con la banca⁸⁵.

⁸⁰ Si eccettuano tuttavia i rapporti al portatore, per i quali la comunicazione è effettuata secondo le modalità stabilite dal CICR.

⁸¹ V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309, ritiene che tale previsione di gratuità ponga problemi di armonizzazione e di eccesso di delega, ma, soprattutto, di compatibilità con la tutela costituzionale dell'iniziativa economica privata e con il diritto dell'Unione europea.

⁸² Vedi le norme riportate in nota 73. V. pure ABF Roma, 6 settembre 2010, n. 903, Presidente Marziale, Estensore De Carolis.

⁸³ Sin dall'inizio della sua attività, l'Arbitro Bancario Finanziario ha chiarito che è onere della banca dimostrare l'avvenuta ricezione della comunicazione., non essendo sufficiente che l'istituto dimostri il semplice inoltro di una lettera o di una email. In proposito v. ABF Roma, 10 novembre 2010, n. 1262, Presidente Marziale, Estensore Olivieri: «[...] a fronte di una specifica contestazione da parte del cliente, il quale neghi di aver mai ricevuto la comunicazione (elettronica) contenente la proposta di modifica unilaterale del contratto, costituisce onere della banca che intenda invocare l'avvenuta modifica delle condizioni contrattuali provare di aver assolto, secondo le modalità prescritte, l'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 118 t.u.b.».

⁸⁴ A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 107.

⁸⁵ V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309, reputa la previsione un relitto, che avrebbe potuto essere omissa: «se l'applicazione [della modifica] non è ancora potuta avvenire e se il cliente recede, è ovvio che l'effetto retroattivo non passa prodursi per lui».

A presidiare la norma c'è, infine, la sanzione di cui al quinto comma dell'art. 118 t.u.b., che ricollega alla violazione delle norme contenute nell'articolo la sanzione dell'inefficacia.

La disciplina si chiude con la previsione di un limite per la banca all'esercizio del potere di modifica unilaterale: ove si decida di variare i tassi di interesse in previsione o in dipendenza⁸⁶ di decisioni di politica monetaria, l'istituto di credito deve necessariamente procedere a una modifica sia dei tassi debitori, che di quelli creditori, con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente⁸⁷.

Riferita la disciplina di cui all'art. 118 t.u.b., si intende portare l'attenzione su alcune questioni rilevanti per la materia oggetto del presente lavoro.

I commi 1 e 2 *bis* dell'art. 118 t.u.b. riguardano, si è visto, le modalità per attribuire alla banca il potere unilaterale di modifica e la sua ampiezza, a seconda della tipologia di rapporto e della natura del cliente. In ogni caso queste disposizioni rivelano che l'unico modo per riconoscere alla banca lo *ius variandi* è l'accordo⁸⁸, non sussistendo esse né *in re ipsa*, né in forza di una previsione di legge che attribuisca direttamente questo potere all'istituto di credito.

Con riguardo all'ambito di applicazione dell'art. 118 t.u.b., il Legislatore tace se le norme ivi contenute debbano riferirsi esclusivamente alle modifiche peggiorative delle condizioni contrattuali o possano applicarsi anche a quelle migliorative, come si potrebbe essere portati a pensare sulla base della disciplina dell'ultimo comma sulle variazioni dei tassi di interesse in relazione alle decisioni di politica monetaria. Prevale la tesi che limita l'operatività dell'art. 118 t.u.b. alle sole modifiche *in peius*, in considerazione del fatto che per quelle *in melius* può trovare applicazione l'art. 1333, secondo comma, c.c.⁸⁹.

⁸⁶ La disposizione, nella sua originaria formulazione risalente al 2006, si riferiva esclusivamente a quelle variazioni assunte *in dipendenza* di decisioni di politica monetaria. Nel 2010 si rese necessario procedere a un intervento novellistico per ricomprendere nell'ambito di applicazione anche le variazioni fatte *in previsione* delle dette decisioni, sì da evitare comportamenti elusivi delle banche, che tendevano ad anticipare le variazioni.

⁸⁷ Per una completa disamina di tutte le questioni inerenti l'art. 118, ultimo comma, t.u.b., che esulano dall'oggetto del presente lavoro, si rinvia alle pagine di A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., pp. 118 ss.

⁸⁸ ABF Milano, 12 febbraio 2013, n. 828, Presidente Gambaro, Estensore Lucchini Guastalla.

⁸⁹ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 202, a cui si rinvia anche per l'interessante disamina del problema della doverosità delle modificazioni migliorative (pp. 203-204), che sarà ripresa in una prospettiva più generale al para. 5 del capitolo terzo; in tal senso pure P. SCHLESINGER, *Poteri*, cit.,

La lettura dell'art. 118 t.u.b. induce poi a ritenere che lo *ius variandi* non possa essere impiegato per realizzare una variazione estintiva del rapporto, essendo scritto nella prospettiva della sua conservazione⁹⁰.

Quanto ai contenuti del contratto bancario che possono essere presi in considerazione dalla clausola attributiva del potere, si è detto che, con riguardo ai contratti a tempo determinato, non è consentito prevedere la modifica dei tassi di interesse. Quello che però le norme analizzate non esplicitano è se la clausola *de quo* possa prendere in considerazione soltanto la modifica delle pattuizioni relative agli aspetti economici del rapporto (c.d. *clausole economiche*), oppure possa concernere anche quelle relative al disciplinare normativo del contratto (c.d. *clausole regolamentari*). In assenza di limiti espressi, la ricostruzione che ricomprende ambo le tipologie di pattuizioni pare più convincente⁹¹. Si è rilevato, infatti, come, a seguito della novella del 2006, l'art. 118, primo comma, t.u.b., si riferisca non solo alla modifica dei tassi e dei prezzi, ma anche a quella delle altre *condizioni previste dal contratto*, senza operare distinguo di sorta⁹².

Se normalmente lo *ius variandi* è strumento per modificare pattuizioni già inserite nel contratto, non sono mancate voci favorevoli ad ammettere la possibilità di un impiego di tale potere anche per inserire nuove clausole nel regolamento di interessi⁹³. Tuttavia, stante la formulazione dell'art. 118, primo comma, t.u.b., che si

pp. 21-22, il quale non analizza la questione con specifico riguardo ai contratti bancari, ma occupandosi del rapporto tra *ius variandi* e modificazioni favorevoli all'altra parte. V. anche ABF Roma, 11 gennaio 2013, n. 180, Presidente Marziale, Estensore Leproux: «il meccanismo che disciplina il *jus variandi* e di cui all'art. 118, primo e terzo, t.u.b., trova esclusiva applicazione in caso di modifiche delle condizioni contrattuali di portata peggiorativa per il cliente, non invece in presenza di modifiche migliorative, nel qual caso il consenso si forma appunto attraverso il diverso meccanismo disciplinato dall'art. 1333, secondo comma, c.c.».

⁹⁰ Per la necessità del giustificato motivo anche quando la legge consente alla banca una variazione unilaterale estintiva del rapporto, v. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., pp. 197-201.

⁹¹ ABF Napoli, 28 febbraio 2011, n. 396, Presidente Quadri, Estensore Guizzi. Rileva A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 186, che oggetto principale di contenzioso sono le modifiche che riguardano le clausole economiche. Tuttavia, l'Autore esclude che ciò possa essere un indice per ritenere che solo esse possano essere oggetto di un atto di esercizio di *ius variandi*. Motiva l'abbondanza di questo contenzioso sulla base dell'acuta considerazione che la modifica della clausola economica è quella che è immediatamente percepibile dal cliente, a differenza di quella della clausola regolamentare che passa per lo più in sordina.

⁹² A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 96.

⁹³ V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309, il quale a sostegno della sua tesi richiama l'art. 1231 c.c., che considera modificazione accessoria che non determina novazione non solo l'eliminazione, ma anche l'apposizione di un termine, e l'art. 1660 c.c. in tema modifiche necessarie all'appalto, che non

riferisce alla modifica di *condizioni previste dal contratto*, e vista l'intenzione del Legislatore emergente dai lavori preparatori, si ritiene che debba escludersi tale possibilità⁹⁴.

Si ritiene poi condivisibile la tesi di quella dottrina che propone un'interpretazione restrittiva del riferimento alle *condizioni previste dal contratto* contenuto all'art. 118, primo comma, t.u.b., affermando che in ogni caso non possono essere interessate dalla modifica quelle clausole che determinino la struttura del rapporto bancario⁹⁵.

Sempre soffermandosi sulla clausola attributiva del potere, è stato già messo in evidenza come essa debba sempre ricollegare l'esercizio del potere ad un *giustificato motivo*, al fine di contenere la discrezionalità del titolare del potere⁹⁶. Ciò è necessario sia quando si tratti di contratti a tempo indeterminato, sia ove si tratti di altro contratto di durata.

Dalla prima formulazione della disciplina⁹⁷ e fino al 2006⁹⁸ ad esso non si faceva riferimento, con la conseguenza che alla banca era consentito l'esercizio del potere *ad nutum* e l'unico strumento di tutela per il cliente era il diritto di recesso. Si erano creati problemi di coordinamento con le norme in tema di clausole vessatorie,

distingue tra aggiunte ed eliminazioni. L'Autore ritiene preferibile applicare la regola in base alla quale si ha una mera modificazione nei casi in cui si è di fronte a un mutamento, non importa se si tratti di un'aggiunta o di una eliminazione, che non assurge a novazione. Anche questo tema sarà approfondito in una prospettiva generale nel capitolo terzo, para. 4.

⁹⁴ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 188; A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 99; A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 239; ABF Napoli, 28 febbraio 2011, n. 396, cit.: «[...] il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 t.u.b. [...], deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni - sia di carattere economico che di natura normativa - già esistenti, e non può spingersi sino al punto di introdurre clausole e condizioni del tutto nuove, tali da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura»; ABF Roma, 24 settembre 2010, n. 980, Presidente Marziale, Estensore Olivieri.

⁹⁵ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 186.

⁹⁶ Critico nei confronti della scelta del Legislatore di richiedere la sussistenza di un giustificato motivo è V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309, in quanto allontanerebbe il sistema bancario italiano dai principali sistemi bancari europei, arrivando a ritenere tale formula «terreno di coltura ideale che ha nutrito biblioteche di inutili pubblicazioni ed un devastante contenzioso che immobilizza capitali». Critiche sono state espresse anche da A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 111-112, con specifico riguardo al trattamento del consumatore e del professionista rispetto allo *ius variandi*. L'Autore ritiene sufficiente a tutelare la clientela professionale il meccanismo della comunicazione preventiva e personale delle variazioni.

⁹⁷ Vedi le norme riportate in nota 73.

⁹⁸ Grazie all'art. 10 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni nella legge 4 agosto 2006, n. 248.

contenute prima nel codice civile (artt. 1469 *bis*, terzo e quarto comma, c.c.) e poi nel codice del consumo (art. 33, secondo, terzo e quarto comma, cod. cons.), che al giustificato motivo facevano riferimento. In via interpretativa, attraverso l'applicazione della clausola generale di buona fede⁹⁹, si era giunti a ricavare la necessità della ricorrenza del giustificato motivo anche per l'atto di esercizio dello *ius variandi* bancario¹⁰⁰, ma di certo l'intervento del Legislatore nel senso di esplicitarlo fu positivo sul piano della certezza del diritto.

La nozione di giustificato motivo è una nozione volutamente elastica, ma non per questo non delimitabile, almeno in ambito bancario¹⁰¹. Chiarificatrice in materia è stata la circolare n. 5574 del 21 febbraio 2007 del Ministero dello Sviluppo Economico¹⁰², richiamata anche in molteplici pronunce dell'Arbitro Bancario Finanziario¹⁰³, che ha precisato come nel concetto di giustificato motivo rientrano «eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario», che possono riferirsi sia alla sfera del cliente, sia a variazioni di condizioni economiche generali incidenti sui costi degli intermediari.

⁹⁹ Per un caso avente ad oggetto una fattispecie anteriore alla novella del 2006 si segnala Trib. Palermo, 26 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, pp. 2077 ss., con nota di M. GORGONI, *Il ventaglio delle opzioni a protezione del correntista che subisce l'esercizio dello ius variandi riservato alla banca*, pp. 2102 ss.

¹⁰⁰ Anche su sollecitazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che nella segnalazione al Senato del 26 maggio 2006 (AS338), reperibile sul sito dell'Autorità www.agcm.it, rilevava: «[...] l'Autorità ritiene che, in un contesto interpretativo secondo il quale, pacificamente, la normativa generale a tutela del consumatore, e quindi le disposizioni in materia di giustificato motivo e di congrua informativa preventiva, debbano considerarsi valere anche per i contratti rientranti nell'ambito di applicazione del TUB, conformemente peraltro a quanto stabilito dalla giurisprudenza, l'obiettivo di promozione e tutela della concorrenza nel mercato dei servizi bancari richieda una specifica modifica in tal senso della normativa applicabile. [...] il cliente bancario viene posto nella condizione di non poter scegliere il proprio fornitore con la piena conoscenza delle caratteristiche e dei costi del servizio, anche in confronto con la corrispondente offerta di altri operatori del mercato. Tale fenomeno accresce gli ostacoli alla mobilità della clientela tra i diversi soggetti, contribuendo ad ingessare il mercato e a ridurre lo stimolo competitivo. [...] In secondo luogo, la maggioranza delle imprese bancarie, attraverso il ricorso allo strumento della comunicazione impersonale in GU, risultano sfruttare strategicamente le suddette difficoltà di comparazione da parte del correntista, al fine di ridurre il confronto competitivo». Critico nei confronti delle argomentazioni addotte dall'Autorità è V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309.

¹⁰¹ G. IORIO, *Le clause*, cit., p. 86.

¹⁰² Reperibile sul sito del Ministero <http://www.sviluppoeconomico.gov.it>.

¹⁰³ Ad esempio ABF Milano, 20 aprile 2010, n. 249, Presidente Gambaro, Estensore Sciarrone Alibrandi.

Quando la banca esercita il suo potere di modifica unilaterale delle condizioni non può limitarsi a richiamare un generico giustificato motivo, ma, al contrario, è tenuta a indicarne uno specifico¹⁰⁴. Ad esempio, se si ricollega la modifica a delle variazioni di mercato dei tassi di interesse, si renderà necessario indicare i parametri di mercato tenuti in considerazione.

Oltre al carattere della specificità, il giustificato motivo deve possedere quello della *meritevolezza*: non potrebbe mai considerarsi meritevole un atto di esercizio del potere dettato dalla volontà di rimediare ad un errore compiuto dalla banca in sede di costituzione del rapporto o per rimediare a perdite della banca¹⁰⁵.

Si deve invece escludere che il fatto costituente giustificato motivo debba presentare i caratteri della imprevedibilità e della straordinarietà, in coerenza con quanto affermato in apertura del presente paragrafo, e cioè che nei rapporti bancari il riconoscimento dello *ius variandi* della banca si spiega proprio per la forte esigenza di adeguamento che si presenta con lo scorrere del tempo, esigenza che può ricorrere non soltanto rispetto ad eventi straordinari e imprevedibili¹⁰⁶.

La specificità del giustificato motivo è poi funzionale per permettere a valle una verifica di corrispondenza tra l'entità della modifica apportata al rapporto e la sua motivazione giustificatrice. Risulta evidente, infatti, che non potrebbe considerarsi legittima una modifica del tutto sganciata dal motivo addotto dalla banca. Si tratta di

¹⁰⁴ In realtà la casistica dell'Arbitro Bancario Finanziario rivela che di frequente le banche tentano di procedere a variazioni delle condizioni contrattuali adducendo giustificati motivi generici. V. ABF Milano 15 settembre 2010, n. 934, Presidente Gambaro, Estensore Schena, per un caso in cui la banca si richiama a *costi amministrativi di gestione*; ABF Roma, 24 settembre 2010, n. 980, cit., relativa a una modificazione giustificata dal *mutato contesto di mercato che si riflette sulle spese di gestione delle operazioni e dei servizi*; ABF Napoli, 15 marzo 2010, n. 122, cit., ove la banca richiamava le *decisioni di politica monetaria*.

¹⁰⁵ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 193; A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 114, il quale ritiene che mai il fatto costituente giustificato motivo potrebbe risultare imputabile al comportamento della banca. *Contra* V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309, il quale afferma che ben potrebbe un mutamento di strategia aziendale essere idoneo giustificato motivo di una variazione ex art. 118 t.u.b., invocando la tutela costituzionale della libertà di iniziativa economica privata (art. 41, primo comma, Cost.).

¹⁰⁶ A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 114 in nota. *Contra* A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi*, cit., p. 78, la quale, tuttavia, precisa che per *circostanze imprevedibili* devono intendersi dei fatti che non potevano prevedersi al tempo della conclusione del contratto sulla base della diligenza ordinaria, che, nel caso di una banca, è quella imposta dalla perizia bancaria.

quello che viene definito come il momento dell'accertamento della *coerenza della modifica al motivo*¹⁰⁷, in cui è centrale il ruolo della clausola di buona fede¹⁰⁸.

Qualora il cliente intenda recedere, come si è visto, può farlo, a nulla valendo una sua previa rinuncia a tale diritto in sede di stipula o di successiva modifica del contratto. Una siffatta previsione dovrebbe reputarsi nulla per contrasto con una norma imperativa. Quanto alla forma del recesso, è libera, in assenza di prescrizioni di legge.

Nelle intenzioni del Legislatore, il recesso è strumento per ripristinare una situazione di equilibrio tra la banca, che ha dalla sua il potere di modifica unilaterale, e il cliente, che può contare appunto sul recesso per non rimanere vincolato a condizioni diverse da quelle che si era prefigurato. Tuttavia, le realtà dimostra che questo tentativo riequilibrio, per quanto apprezzabile, spesso sia solo apparente. Si è infatti rilevato che il recesso ha un senso soltanto in un mercato che sia effettivamente concorrenziale, in cui, quindi, il cliente può agevolmente reperire condizioni alternative a quelle che la banca intende modificare. Soltanto in un mercato così connotato la banca sarà accorta nell'impiego del potere di modifica, sì da non rischiare di perdere parte della sua clientela¹⁰⁹.

Lo *ius variandi* bancario, dunque, per ben poter funzionare necessita di un contesto di mercato dove prevale la concorrenza. Tuttavia, non è solo questo il rapporto tra l'istituto e la concorrenza. Si è altresì messo in evidenza come gli istituti di credito possano impiegare tale potere per ridurre la concorrenza nel mercato di

¹⁰⁷ ABF Milano, 20 aprile 2010, n. 249, cit.; ABF Milano, 9 marzo 2012, n. 708, Presidente Gambaro, Estensore Sciarrone Alibrandi; ABF Roma 23 novembre 2012, n. 3981, Presidente Marziale, Estensore Ferro Luzzi: «[i]l giustificato motivo non può, dunque, essere generico, ma deve riguardare eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario poi riferibili alla categoria di contratti oggetto delle modifiche. La comunicazione della modifica unilaterale deve avere contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto alla ragione posta a giustificazione della stessa». A questa verifica fa riferimento anche la supra menzionata circolare del Ministero dell'Sviluppo Economico: «[...] il cliente deve essere informato circa il giustificato motivo alla base della modifica unilaterale, in maniera sufficientemente precisa e tale da consentire una valutazione circa la congruità della variazione rispetto alla motivazione che ne è alla base».

¹⁰⁸ A. SCARPELLO, *Il "nuovo" ius variandi*, cit., p. 579 afferma che «[...] la buona fede può legittimare, coerentemente alla sua funzione valutativa e integrativa *in executivis*, una verifica *ex post* della correttezza nell'esercizio dei poteri privati». Sulla differenza tra giustificato motivo e clausola di buona fede v. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 189. A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 112, ritiene che, pur dopo l'esplicitazione nel testo di legge della necessità del giustificato motivo, residuino spazi per l'applicazione della clausola di buona fede.

¹⁰⁹ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 253.

riferimento¹¹⁰. Ad esempio, in un mercato in cui le imprese bancarie fanno un uso ricorrente e indiscriminato del potere i clienti saranno scoraggiati dal reagire con il recesso, cui consegue la necessità di ricercare un'altra banca con cui instaurare il rapporto, perché sono consapevoli che, anche cambiando controparte contrattuale, dopo non molto dovranno subire ulteriori modifiche. In una tale situazione, dunque, la clientela si lega ad un istituto di credito, con un'evidente effetto anticoncorrenziale.

Infine, resta da analizzare la sanzione che garantisce l'effettività delle norme poste all'art. 118 t.u.b. Il Legislatore ha previsto l'inefficacia delle modifiche non rispettose delle prescrizioni ivi contenute, senza null'altro aggiungere¹¹¹. La disposizione è stata oggetto di critiche da parte di quanti hanno segnalato l'opportunità di prevedere un termine di decadenza a carico del cliente per far valere l'inefficacia, al punto che si è tentato di ricavare un onere di tempestiva attivazione del cliente, sì da tutelare l'affidamento dell'istituto di credito alla prosecuzione del rapporto così come modificato¹¹².

Tuttavia, per quanto l'apparato sanzionatorio predisposto dal Legislatore paia idoneo a tutelare il cliente che abbia subito una modifica unilaterale illegittima, spesso il cliente non troverà conveniente ricorrere al processo per invocare l'inefficacia della variazione, trattandosi di un c.d. *small claim*. Lo dimostra oggi la circostanza che gran parte delle decisioni che riguardano l'art. 118 t.u.b. sono prese non da giudici, ma dall'Arbitro Bancario Finanziario. Per garantire una tutela effettiva al cliente, si è pure proposto di valorizzare l'azione di classe di cui all'art. 140 *bis* cod. cons.¹¹³.

Analizzata la disciplina contenuta all'art. 118 t.u.b. e le principali questioni che essa ha posto sino ad oggi, ci si deve interrogare sulla natura di autentico potere di modifica unilaterale del contratto dello *ius* riconosciuto alla banca dal citato articolo.

Si ritiene che, nonostante le riforme susseguitesì, nel tempo non sia mai mutata la natura di *ius variandi* del potere della banca. Allo stato, peraltro, risulta nettamente

¹¹⁰ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 254-55. La studiosa sottolinea l'importanza della vigilanza su pratiche anomale di adeguamento dei rapporti, sì da poter migliorare le condizioni di effettiva concorrenza.

¹¹¹ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 250, ritiene che si tratti della misura di tutela più adeguata.

¹¹² V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309.

¹¹³ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 256. Come accaduto nel caso sottoposto a Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1909.

minoritaria la tesi secondo cui il meccanismo previsto dall'art. 118 t.u.b. sarebbe comunque consensuale¹¹⁴. Vi è chi ha infatti proposto di ravvisare il consenso nella combinazione tra la proposta unilaterale di modifica della banca e la volontà tacita del cliente che non esercita la facoltà di recedere dal contratto a fronte della modificazione, valorizzando anche un dato normativo che afferma che la modifica *si intende approvata* ove il cliente non receda.

A sostegno della natura autenticamente unilaterale della modifica può addursi lo stesso dato normativo. È il Legislatore a qualificare la proposta di modifica come unilaterale, sin dalla rubrica dell'art. 118 t.u.b. Inoltre, poco avrebbe senso la condizione di legittimità del giustificato motivo, ove si fosse di fronte a una vicenda consensuale. Conseguentemente, perde peso il riferimento all'approvazione del cliente, che può invece ritenersi frutto di una tecnica legislativa imperfetta, a cui l'operatore di diritto è ormai abituato e che conosce molti altri esempi proprio nella materia dello *ius variandi* bancario.

Alla stessa conclusione si può giungere anche con riguardo al comma 2 *bis* dell'art. 118 t.u.b.¹¹⁵, pur non mancando chi abbia proposto una sua configurazione come modifica concordata *ex ante*. In realtà, la specificità della fattispecie ivi regolata non è tale da giustificare una sua ricostruzione in termini consensualistici. Si ritiene, infatti, che ci si trovi semplicemente innanzi ad una procedimentalizzazione ancora più accentuata dell'*iter* per conseguire la modifica.

5. Lo *ius variandi* nei contratti relativi ai servizi di pagamento

Il quadro normativo in tema di *ius variandi* bancario non potrebbe dirsi completo ove si omettesse di analizzare la complessa disciplina di cui all'art. 126 *sexies* t.u.b., relativo ai servizi di pagamento¹¹⁶, introdotto nel 2010¹¹⁷. Le sue norme più volte

¹¹⁴ Tale tesi si ritrova, ad esempio, in Trib. Milano, 18 aprile 1985, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, pp. 94 ss., con nota di G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, è sarà approfondita al para. 12 del capitolo terzo del presente lavoro.

¹¹⁵ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 237 in nota.

¹¹⁶ In tema, oltre ai contributi richiamati nella nota n. 71, v. A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, pp. 377 ss., in part.

operano una deroga a quelle contenute nell'art. 118 t.u.b., al punto che non è mancato chi ha ravvisato la totale inconciliabilità tra questi due *corpus*¹¹⁸; pertanto si intende soffermarsi sui profili differenziali tra le due discipline. Da una lettura combinata dei due articoli si evince che le norme contenute nell'art. 126 *sexies* t.u.b. sono tendenzialmente più permissive di quelle di carattere generale dell'art. 118 t.u.b.¹¹⁹. Si indagheranno pure i rapporti con la disciplina contenuta nel codice del consumo all'art. 33, cercando di ricostruire un possibile coordinamento tra i tre *corpus* normativi.

Quanto alle modalità di attribuzione dello *ius variandi*, si rileva innanzitutto che anche in questo caso si è di fronte ad un'ipotesi in cui il potere non ha fonte nella legge, ma nella volontà delle parti; tuttavia, mentre l'art. 118 t.u.b. richiede che la clausola attributiva del potere della banca si approvata in maniera specifica dal cliente, in tema di servizi di pagamento non è previsto alcun particolare formalismo di approvazione da parte dell'utilizzatore.

Circa, invece, le modalità di esercizio del potere, non si è proceduto a una predeterminazione delle modalità di comunicazione della variazione all'utilizzatore, in quanto l'art. 126 *sexies*, primo comma, t.u.b. rinvia genericamente alle modalità stabilite dalla Banca d'Italia. Evidente è quindi è la differenza con l'analiticità delle previsioni, già analizzate, contenute al secondo comma dell'art. 118 t.u.b.

Inoltre, prima della novella del 2017, su cui si ritornerà in chiusura del presente paragrafo, in nessuna delle disposizioni dell'art. 126 *sexies* t.u.b. si faceva espresso riferimento ad una giustificazione della variazione, quindi, a volersi limitare a un'applicazione letterale della disciplina, il prestatore dei servizi di pagamento non sarebbe stato vincolato alla ricorrenza di un giustificato motivo per procedere alla variazione. La dottrina, tuttavia, si era in prevalenza orientata per richiedere

pp. 409 ss.; M. ONZA, *Voce Trasparenza (dei servizi di pagamento)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2015, pp. 597 ss.

¹¹⁷ Con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di recepimento della direttiva 2007/64/CE, meglio nota come PSD, *Payment services directive*. Secondo A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 410, «[...] le ambiguità dell'art. 126 *sexies* sono in larga parte da ricondurre al testo dell'art. 44 PSD, che è stato trasposto nell'ordinamento italiano senza effettuare alcuno sforzo di adattamento alla disciplina dell'art. 118, né in un senso (utilizzando i margini interpretativi dell'art. 44 per attenuare la distanza tra i due testi normativi), né nell'altro (modificando l'art. 118 al fine di rendere la disciplina del Capo I più omogenea con quella della PSD)».

¹¹⁸ A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 416.

¹¹⁹ A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 100.

comunque la presenza di un giustificato motivo limitatamente ai rapporti con i consumatori¹²⁰.

Quanto all'operatività della modifica, il meccanismo previsto per permettere alla variazione di essere efficace è congegnato in modo diverso rispetto a quello delineato dall'art. 118 t.u.b., ove essa essenzialmente spiega i suoi effetti quando è inutilmente decorso il termine che il cliente ha a disposizione per recedere. Nel caso dei servizi di pagamento, invece, l'utilizzatore è tenuto a comunicare al prestatore che non intende accettare la modifica; inoltre, gli competerà anche il diritto di recesso senza spese prima della data per l'applicazione della modifica (art. 126 *sexies*, secondo comma, t.u.b.).

Un'altra differenza concerne le modifiche che riguardino i tassi di interesse o di cambio. Per esse non si richiede alcun preavviso, potendo subito essere operative, purché ciò sia previsto nel contratto quadro e la modifica sia conseguenza della variazione dei tassi di riferimento pattiziamente individuati. A tutela dell'utilizzatore è previsto il diritto di essere informato nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia (art. 126 *sexies*, terzo comma, t.u.b.).

Un'importante norma in tema di *ius variandi* nei servizi di pagamento non è però contenuta nell'art. 126 *sexies* t.u.b., ma all'art. 126 *bis*, terzo comma, t.u.b., che consente di andare a derogare in via pattizia la disciplina *supra* analizzata, ma soltanto ove l'utilizzato non sia un consumatore o una microimpresa, ponendo all'interprete problemi di valutazione della liceità e della meritevolezza di tali clausole¹²¹.

In conclusione, proprio come fatto con riguardo all'art. 118 t.u.b., ci si deve chiedere se anche nella fattispecie di cui all'art. 126 *sexies*, secondo comma, t.u.b. sia contemplata un'autentica ipotesi di *ius variandi*. Le norme ivi contenute offrono spunti di riflessione che portano a conclusioni contrastanti. Per la fattispecie di cui al terzo comma, invece, non si sono finora posti problemi di ricostruzione, visto che la

¹²⁰ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 184; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi*, cit., p. 75; A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 411. *Contra* TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 309

¹²¹ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi*, cit., p. 75, Non si spiega il senso di tale previsione. A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., p. 103, afferma che, rispetto a tali clausole in deroga, si renderà necessario valutare: se le forme di comunicazione siano in grado di garantire l'effettiva conoscibilità della modifica; il termine di efficacia della modifica; la regolamentazione del recesso, che, secondo l'Autore, dovrebbe essere ritenuto inderogabile.

norma è formulata in modo da alludere in maniera chiara a una vicenda unilaterale, per la quale non sono contemplati specifici strumenti di reazione dell'utilizzatore¹²².

Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 126 *sexies*, secondo comma, t.u.b., si potrebbe ritenere, seguendo l'indirizzo prevalente¹²³, che si tratti di un autentico potere di modifica unilaterale del contratto. In effetti, già la rubrica allude a una modifica unilaterale del contratto ad opera della banca, alla stregua di quanto già visto per l'art. 118 t.u.b. A sostegno di questa ricostruzione c'è pure il riconoscimento del diritto di recesso dell'utilizzatore, proprio come accade per lo *ius variandi* dell'art. 118 t.u.b.

La dottrina che ha aderito a una tale ricostruzione per ragioni di sistema ha da sempre ritenuto indispensabile la ricorrenza di un giustificato motivo per poter procedere alla modifica. Ed una tale conclusione poteva dirsi giustificata in base all'ormai abrogato quinto comma dell'art. 126 *sexies* t.u.b., che rinviava con il limite della compatibilità all'art. 33, terzo e quarto comma, cod. cons., ove è appunto previsto il giustificato motivo.

Tuttavia, è stato già messo in luce come un'importante differenza rispetto all'art. 118 t.u.b. risieda nel fatto che all'utilizzatore dei servizi di pagamento è consentito non soltanto recedere, ma anche opporsi alla modifica. La norma si riferisce testualmente a una presunzione di accettazione della modifica, che opera a meno che l'utilizzatore non comunichi *che non intendente accettarla*. Si offre così un importante argomento per una conclusione diversa, nel senso della bilateralità della vicenda. Si potrebbe infatti pure sostenere che la modifica, nel caso dei servizi di pagamento, si realizzi secondo un meccanismo consensuale semplificato, basato sul silenzio-assenso¹²⁴. In questo caso, dunque, ante 2017, avrebbe potuto prescindersi

¹²² *Contra* M. ONZA, Voce *Trasparenza*, cit., p. 597, il quale ritiene che il terzo comma dell'art. 126 *sexies* t.u.b. regoli l'esecuzione del contratto e non la sua modificazione.

¹²³ In tal senso v. A.A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in A.A. DOLMETTA- A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario*, cit., p. 69; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Interventi normativi*, cit., p. 75; A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi*, cit., p. 414, che fonda la sua ipotesi ricostruttiva essenzialmente sul testo della direttiva che è stata recepita con la norma in esame.

¹²⁴ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 144: «[I]a norma autorizza i contraenti a prevedere l'equiparazione convenzionale tra il silenzio, ossia l'assenza di un rifiuto espresso, e l'accettazione della proposta modificativa, ma - caso unico nella legislazione speciale e non solo - fa appunto salva la facoltà di rifiuto del destinatario che, se vuole impedire il perfezionamento dell'accordo, deve manifestare, in modo espresso, il suo dissenso». Esclude che si tratti di autentico *ius variandi* anche

dalla ricorrenza di un giustificato motivo per procedere alla variazione, con la conseguenza che, limitatamente ai servizi di pagamento, lo *ius variandi* della banca avrebbe avuto un contenuto decisamente più ampio.

Due sono i punti deboli di questa ricostruzione. *In primis* si può facilmente rilevare come essa avalli l'incoerenza del quadro normativo in tema di *ius variandi* bancario prodotto nel tempo dal Legislatore, anziché tentare di attenuarla. Inoltre, la tesi della modifica secondo uno schema consensuale semplificato deve affrontare il problema del recesso.

Il recesso, se ha senso come strumento di reazione a una variazione unilaterale, perde significato di fronte a una vicenda consensuale di modifica del contratto. Il problema non può essere risolto identificando il recesso con la mancata accettazione cui allude l'art. 126 *sexies*, secondo comma, t.u.b., in quanto, così facendo si perverrebbe a un'*interpretatio abrogans* di parte della norma di legge. Si potrebbe sostenere allora che il recesso è uno strumento più forte di reazione alla volontà del prestatore dei servizi di pagamento di modificare il rapporto. Se, con la mancata accettazione, il rapporto prosegue senza modifiche, non essendosi perfezionato il procedimento consensuale semplificato richiesto dalla legge, invece con il recesso l'utilizzatore è messo in condizione di estinguere il rapporto, manifestando così non soltanto di non voler addivenire alla modifica, ma anche di non voler proseguire nel rapporto alle vecchie condizioni¹²⁵.

Se, da una parte, gli studiosi si affannano da anni per tentare di proporre una lettura dell'articolo priva di contraddizioni, il Legislatore, dal suo canto, è come se facesse di tutto per complicare il lavoro dell'interprete. La tesi che ravvisa nell'art. 126 *sexies* t.u.b. un procedimento semplificato di formazione del consenso alla modifica e che inquadra il recesso tra gli strumenti di reazione a disposizione

M. ONZA, Voce *Trasparenza*, cit., p. 597: «[l]art. 126 *sexies* t.u.b., al riguardo, non intesta al prestatore dei servizi di pagamento alcun c.d. "*ius variandi*", quale diritto potestativo di modificare il contratto mediante una manifestazione unilaterale di volontà; pre-determina, al contrario, le modalità attraverso le quali, ad iniziativa di quello, il contratto quadro può essere modificato. Si altera la sequenza formativa dell'accordo modificativo, obbligando il proponente ad un pre-avviso (due mesi) che fissa il termine di efficacia della proposta (art. 1326, 2° co., c.c.) e la data di efficacia della modificazione (se) accettata, assicurando una sorta di "pausa di riflessione" per il consenso del cliente».

¹²⁵ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 143.

dell'utilizzatore, accanto alla mancata accettazione della modifica, è oggi chiamata a fare i conti con una novella del 2017¹²⁶.

Con tale intervento, il Legislatore, da una parte, ha abrogato il richiamo dell'art. 33, terzo e quarto comma, cod. cons. contenuto al quinto comma nell'art. 126 *sexies* t.u.b., che, come si è visto, è stato valorizzato per sostenere la necessità del giustificato motivo anche per le variazioni nei servizi di pagamento¹²⁷. Da un'altra parte, ha introdotto un comma 4 *bis*, con il quale ha previsto, ma limitatamente ai rapporti instaurati con un consumatore, la necessità del giustificato motivo per le modifiche del rapporto.

Il senso della novella sembrerebbe (anche) quello di affermare la natura unilaterale delle modifiche ivi contemplate, superando le teorie consensualiste. Tuttavia, se così davvero fosse, non si comprende per quale ragione il Legislatore non sia intervenuto direttamente a riformulare in modo più chiaro il terzo comma dell'art. 126 *sexies* t.u.b.

6. Lo *ius variandi* nei contratti di subfornitura

Un altro riferimento allo *ius variandi* si trova anche nella legge sulla subfornitura (legge 18 giugno 1998, n. 192)¹²⁸. Come noto, tale disciplina, nel regolare una buona porzione di rapporti asimmetrici tra imprese, non ha introdotto nell'ordinamento un nuovo contratto tipico, piuttosto ha regolato un fenomeno di integrazione nei processi produttivi al fine di tutelare la piccola e media impresa fornitrice che svolge un'attività che si inserisce nella catena di produzione di un'impresa committente¹²⁹.

¹²⁶ Ad opera del d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218.

¹²⁷ A.A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La pluralità*, cit. p. 70.

¹²⁸ In tema: L. RENNA, *Voce Subfornitura*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2012, pp. 1021 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003; S. TROIANO, *Lo ius variandi unilaterale nei rapporti di subfornitura*, in R. FAVALE - B. MARUCCI (a cura di), *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Napoli, 2003, pp. 863 ss.; R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Vol. V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, pp. 349 ss.; M. GAMBINI, *Lo ius variandi nella subfornitura e nei contratti bancari quale espressione di uno speciale potere conformativo del rapporto contrattuale*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Napoli, 2002, pp. 453 ss.

¹²⁹ F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, pp. 30 ss. Ricorda R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, cit.,

All'art. 6, sotto una rubrica che fa riferimento alla *nullità di clausole*, il Legislatore ha previsto che nei contratti che ricadono nel fenomeno della subfornitura non è possibile convenire un potere di modifica unilaterale del contratto. La disposizione è peculiare in quanto, se normalmente la legge considera in positivo il fenomeno, qui lo prende in considerazione in negativo, con un divieto.

Tuttavia, si riconosce al committente il diritto *di precisare*, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre e i tempi di esecuzione della fornitura¹³⁰.

Pare non potersi dubitare del fatto che la prima parte dell'art. 6 si riferisca ad un autentico *ius variandi*. La ragione per cui il Legislatore avrebbe posto un divieto in termini così generali andrebbe ravvisata nel timore che tale potere possa essere impiegato per compiere abusi a danno dell'impresa più debole¹³¹.

La norma non esplicita se sia vietata la riserva di *ius variandi* soltanto a favore del committente o anche a favore del fornitore, dal momento che, almeno astrattamente, un tale potere potrebbe essere attribuito a ciascuna delle parti del rapporto di subfornitura. Tuttavia, la realtà di questi rapporti rende difficile immaginare una

p. 353, che «fin dai primi commenti, ci si è chiesti se il legislatore avesse dettato un nuovo tipo contrattuale ovvero se avesse dettato regole destinate ad una applicazione trasversale a più tipi contrattuali. Ha prevalso la seconda soluzione. La dottrina ha infatti rilevato che più tipi contrattuali, tra quelli noti, si prestano a realizzare la tipica funzione economica della subfornitura industriale. In particolare, tale funzione economica è svolta dai contratti di vendita, somministrazione e appalto». *Contra* L. RENNA, Voce *Subfornitura*, cit., p. 1021; A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, pp. 251 ss.

¹³⁰ Per la necessità di un termine che sia *conguo*, v. L. RENNA, Voce *Subfornitura*, cit., p. 1021: «[...] a me sembra che il termine di preavviso, pur concordemente pattuito tra le parti, potrebbe essere considerato quale indice utile per verificare se ci si trovi in presenza di un'ipotesi di abuso di dipendenza economica (potendo ricorrere la fattispecie di imposizione di una condizione contrattuale eccessivamente gravosa). È per tale motivo che il termine di preavviso dovrà essere congruo anche al fine di escludere che lo stesso possa essere invocato dal committente quale causa di grave inadempimento o per giustificare il mancato rinnovo del contratto».

¹³¹ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 184, la quale, secondo un indirizzo peraltro molto diffuso, ritiene che, anche in assenza dell'art. 6, le clausole attributive dello *ius variandi* a vantaggio della parte più forte avrebbero potuto essere sanzionate in virtù del divieto di abuso di dipendenza economica. Infatti, all'art. 9, terzo comma, della legge, si prevede la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica. *Contra* A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 295, il quale afferma che «[...] la *ratio* del divieto [...] non sembra ispirata alla logica degli interventi normativi di tutela della parte debole del rapporto», ma ritiene che il Legislatore abbia voluto rafforzare il principio di cui all'art. 1372 c.c. al fine di salvaguardare le esigenze di affidamento delle parti circa la stabilità del contenuto contrattuale.

situazione in cui il potere venga riconosciuto al fornitore¹³²; per questo motivo, dunque, il Legislatore non si è preoccupato di specificare quale sia il soggetto che si riserva il *ius variandi*. In ogni caso, stante l'ampiezza della formula impiegata, il divieto si applicherà indistintamente, anche in quei casi, meno frequenti, in cui sia il fornitore ad avere una maggiore forza contrattuale¹³³.

Quanto alla seconda parte della disposizione, quella relativa al diritto del committente di precisare le condizioni della fornitura, è meno pacifico che il Legislatore abbia voluto fare riferimento ad una fattispecie autenticamente unilaterale.

Potrebbe innanzitutto sostenersi che si è comunque di fronte a un'ipotesi tipica di *ius variandi*, in cui, alla stregua di quanto visto per lo *ius variandi* bancario, per l'attribuzione del potere è necessaria una previsione pattizia e, inoltre, il potere viene circoscritto entro un perimetro ben preciso. Le parti dovranno infatti mettersi d'accordo per stabilire quale preavviso vada rispettato, le soglie quantitative entro cui potrà oscillare la richiesta del committente, i tempi dell'esecuzione, altri termini e limiti¹³⁴.

Tuttavia, potrebbe anche ritenersi che l'analiticità che si richiede alla pattuizione non consenta di individuare un potere di modifica unilaterale del contratto¹³⁵, ma che si sia innanzi a una vicenda comunque consensuale, predeterminando committente e fornitore entro quali limiti sia possibile per il primo andare a precisare i termini del rapporto. Inoltre, a suffragio di questa ricostruzione, si potrebbe invocare anche *littera legis*, che discorre di *precisazione* e non di autentica modifica del contratto.

La ricostruzione di questa fattispecie in un modo piuttosto che nell'altro non è indifferente per le parti del rapporto di subfornitura. Di certo il fornitore si trova in una posizione di debolezza, che la legge n. 192/1998 intende nel suo complesso

¹³² M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 115.

¹³³ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 88.

¹³⁴ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 89, il quale classifica questa fattispecie nella categoria delle ipotesi di *ius variandi* a discrezionalità attenuata; M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 115.

¹³⁵ R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, cit., p. 370: «[c]on questa disposizione la legge disciplina pertanto un fenomeno non riconducibile allo *ius variandi* in senso stretto. In questa fattispecie non v'è tecnicamente alcuna modificazione unilaterale del contenuto del contratto (quadro); v'è, invece, mera attuazione dello stesso, secondo i canoni comportamentali concordati tra le parti». In tal senso pure A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 184, la quale ritiene che si sia semplicemente di fronte a un *potere di specificazione*, connaturale a un certo tipo di obbligazioni, tra le quali sono ricomprese quelle che nascono da rapporti di subfornitura; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 293.

tutelare. Tuttavia, non pare potersi trascurare che in questi rapporti il committente è *ontologicamente* portatore di un bisogno di elasticità. La lettura nel senso che si sia di fronte ad un'autentica ipotesi di *ius variandi* vuole essere funzionale all'adeguata considerazione di questa esigenza del committente, senza che peraltro si scada in un aggravamento della condizione del fornitore, visti i limiti stringenti che sono posti.

Quello che però si ritiene manchi per poter aderire a tale ricostruzione è proprio la modifica del contratto. Analogamente a quanto già visto a proposito dei rapporti di somministrazione, nel caso in esame si è di fronte a un oggetto del contratto che nasce meramente determinabile e che appunto la norma in esame regola come determinare, dovendosi in definitiva escludere che si tratti di un potere unilaterale di modifica del contratto¹³⁶.

Ciò posto, si tratta di indagare se questa fattispecie sia lacunosa per non riconoscere al fornitore il diritto all'adeguamento del prezzo nel caso in cui riceva da parte del committente delle precisazioni sulle condizioni del rapporto (ad esempio sui quantitativi da produrre), così come invece previsto da altre discipline, per tutte si veda quella relativa all'appalto.

A prima vista potrebbe venire in rilievo l'art. 3, quinto comma, della legge, il quale prevede che «ove vengano apportate, nel corso dell'esecuzione del rapporto, su richiesta del committente, significative modifiche e varianti che comportino comunque incrementi dei costi, il subfornitore avrà diritto ad un adeguamento del prezzo anche se non esplicitamente previsto dal contratto»¹³⁷. Tuttavia, si ritiene che vi siano dei validi argomenti per escludere che la riferita norma si applichi ove il committente precisi i contenuti nel rapporto in conformità a quanto previsto dall'art. 6, primo comma, seconda parte, della legge.

Innanzitutto, si osserva che l'art. 3, quinto comma, si riferisce al caso in cui le modifiche o le varianti siano *significative*, mentre, come si è visto, nella fattispecie di cui all'art. 6 non parrebbero rientrare variazioni di notevoli entità, non a caso il Legislatore discute di un diritto *di precisare* e non *di modificare* i termini del

¹³⁶ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 293, evidenzia il rapporto con l'art. 1560, secondo comma, c.c., in tema di somministrazione.

¹³⁷ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 116 in nota.

rapporto. Conseguentemente, deve ritenersi che nell'ipotesi di cui all'art. 3, quinto comma, si è di fronte a una modificazione consensuale del contratto¹³⁸.

Pur ritenendosi di non poter applicare l'art. 3, quinto comma, della legge, per ricavare il diritto del subfornitore all'adeguamento del prezzo nei casi di variazioni impostegli dal committente in conformità a quanto consentito dall'art. 6, si è convinti che sia meritevole l'interesse del primo a una rideterminazione del prezzo, soprattutto a fronte di variazioni quantitative dell'oggetto del contratto. Pare infatti irragionevole che il committente si arricchisca a spese del subfornitore. Senza trascurare poi che, sì le variazioni unilaterali sono consentite entro margini ben circoscritti, ma in operazioni di un certo peso economico la variazione potrebbe avere comunque un valore cospicuo. Dunque, al fine di prevenire il contenzioso su questo aspetto, sarà opportuno che le parti, nella regolamentazione pattizia, prevedano espressamente l'adeguamento del prezzo¹³⁹.

7. Le modificazioni unilaterali dei contratti aventi ad oggetto servizi turistici

Un'altra categoria di contratti per i quali negli ultimi anni, in ragione della loro crescente diffusione, è stata avvertita un'esigenza di regolamentazione delle istanze di flessibilità di cui sono portatori le parti è stata quella dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi turistici¹⁴⁰. La disciplina che si andrà ad analizzare, nata e

¹³⁸ *Contra* G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 90, il quale guarda la fattispecie da una diversa prospettiva e ritiene che sia ravvisabile un diritto di modifica unilaterale del contratto, che compete, tuttavia, non al committente, ma al subfornitore, diritto che gli consente unilateralmente di ottenere l'adeguamento del prezzo a fronte di una significativa modifica o variante concordata tra le parti: «[l]a norma, attribuendo al subfornitore il diritto all'adeguamento del prezzo, permette di enucleare un'ulteriore ipotesi di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale; si assiste, dunque, ad un'altra deroga alla regola generale, prevista nella prima parte dell'art. 6, che sancisce il divieto di *ius variandi* nei rapporti tra committente e subfornitore».

¹³⁹ Deve escludersi, invece, che al medesimo esito possa pervenirsi mediante un'applicazione dell'art. 1661 c.c., relativo al contratto di appalto, già analizzato. In realtà, pare preferibile l'opinione di R. NATOLI, *Contratti di subfornitura*, cit., pp. 368-369, che lo esclude, in quanto la fattispecie del contratto di appalto non è idonea ad esaurire il novero dei rapporti di subfornitura, ma anche perché le due fattispecie sono notevolmente diverse.

¹⁴⁰ Per la verità questa esigenza aveva già acquisito rilievo con la Convenzione internazionale relativa ai contratti di viaggio, firmata a Bruxelles il 23 aprile 1970, recepita nell'ordinamento italiano con la legge. 27 dicembre 1977, n. 1084, il cui art. 11 sancisce: «1. L'organizzatore di viaggi non può

modificata in attuazione del diritto dell'Unione europea¹⁴¹, già contenuta nel codice del consumo¹⁴², è oggi collocata nel codice del turismo (d'ora in poi cod. tur.)¹⁴³, subendo da ultimo una novella nel 2018¹⁴⁴.

Sul piano delle modificazioni soggettive, viene innanzitutto in rilievo l'art. 38, primo comma, cod. tur., il quale, a determinate condizioni di forma e di sostanza¹⁴⁵, consente al viaggiatore di cedere il contratto di pacchetto turistico a un altro soggetto. In questo modo si è dato riconoscimento a un interesse di cui è portatore l'acquirente di un pacchetto turistico, il quale generalmente perfeziona il contratto con largo anticipo rispetto alla partenza, essendo esposto a sopravvenienze che potrebbero indurlo a voler cedere a un altro soggetto il pacchetto acquistato.

Si è già visto che quando si discute di *ius variandi* ci si riferisce a delle modificazioni oggettive del contratto imposte da una parte all'altra, dal momento che sono altri gli istituti che consentono di andare a sostituire una parte del contratto con un'altra (cessione del contratto, negozi di assunzione del debito altrui con efficacia esterna e liberatoria per il debitore originario). Seguendo questa ricostruzione del potere unilaterale di modifica, tradizionale e maggioritaria, dovrebbe escludersi che

aumentare il prezzo globale se non in conseguenza di variazioni nel corso dei cambi o delle tariffe dei vettori e a condizione che questa possibilità sia stata prevista nel documento di viaggio. 2. Se l'aumento del prezzo globale eccede il dieci per cento, il viaggiatore può annullare il contratto senza indennizzo né rimborso. In questo caso, il viaggiatore ha diritto al rimborso di tutte le somme da lui pagate all'organizzatore di viaggi».

¹⁴¹ Direttive n. 90/314/CEE e n. 2015/2302/UE. Per ampi raffronti tra le norme contenute in questi testi si rinvia al capitolo in materia di A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 271 ss.

¹⁴² Artt. 82-100 cod. cons. Per questa disciplina si rinvia a F. ROMEO, *Il contratto di viaggio. Tutele specifiche e risarcimento del danno*, Padova, 2011, p. 115 ss.

¹⁴³ D.lgs. 23 maggio 2011, n. 79. Per una panoramica generale v. S. CATERBI, *La nuova normativa in tema di turismo*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, pp. 2393 ss.; N. SOLDATI, *Brevi note a margine del codice del turismo*, in *Contr.*, 2011, pp. 815 ss.

¹⁴⁴ Ad opera del d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, attuativo della direttiva n. 2015/2302/UE. Su questa novella G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento dell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 1099 ss. Si ricorda che alla base di questo intervento vi sono tre fattori: la necessità di ammodernare la disciplina scaturita dall'attuazione della direttiva del 1990; l'esigenza di estenderne l'ambito applicativo anche ad altre fattispecie; la volontà di realizzare un'armonizzazione completa tra gli Stati membri delle normative nazionali di settore.

¹⁴⁵ Il cessionario deve essere in possesso di tutte le condizioni per la fruizione del servizio (si pensi ad un viaggio organizzato per coloro che rientrano in una certa fascia d'età); all'organizzatore deve essere dato preavviso su un supporto durevole entro e non oltre sette giorni prima dell'inizio del pacchetto. Sono inoltre previste delle regole per la regolamentazione del prezzo e delle spese (art. 38, secondo e terzo comma, cod. tur.) che bilanciano gli interessi del viaggiatore e dell'organizzatore.

l'art. 38 cod. tur. contempra un'autentica ipotesi di *ius variandi*. Tuttavia, è facile obiettare a questa conclusione che la peculiarità dell'art. 38 cod. tur. sta nel fatto che al viaggiatore è consentito imporre il mutamento soggettivo all'organizzatore, rispetto a quanto accade negli altri istituti, ove si è sempre di fronte a vicende consensuali. Per questo motivo potrebbe affermarsi che si è comunque di fronte ad un'ipotesi legalmente tipizzata di *ius variandi*, ancorché *sui generis*¹⁴⁶.

Con specifico riguardo alle modificazioni oggettive, l'art. 39 cod. tur., con una formulazione per la verità non molto limpida, regola la revisione del prezzo. Si prevede che, dopo la conclusione di un contratto di pacchetto turistico, i prezzi possono essere aumentati soltanto ove espressamente previsto. La norma, dunque, sembrerebbe riconoscere la possibilità di pattuire che all'organizzatore competa uno *ius variandi* relativo al prezzo. La notizia dell'aumento dovrà essere oggetto di una comunicazione su supporto durevole, *chiara e precisa*, inviata almeno venti giorni prima dell'inizio del pacchetto all'indirizzo del viaggiatore, dovendosi altresì fornire una giustificazione dell'aumento e delle sue modalità di calcolo (quarto comma).

Tuttavia, in un'ottica di tutela del contraente debole, come visto per molte altre discipline già analizzate, si prevedono dei limiti di ordine temporale, qualitativo e quantitativo¹⁴⁷. Ad esempio si può ricollegare la possibilità di aumentare il prezzo soltanto alla ricorrenza degli eventi individuati con un elenco tassativo al secondo comma dell'art. 39 cod. tur.¹⁴⁸. Inoltre, questo potere potrà esercitarsi soltanto per aumenti che non superino la soglia dell'8% del prezzo complessivo convenuto per il pacchetto, ricadendosi altrimenti nella disciplina più rigida di cui all'art. 40 cod. tur., che di seguito sarà oggetto di esame (terzo comma).

¹⁴⁶ In tema A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 273 e G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 98, che si esprimono con riferimento alla precedente versione della disciplina e ritengono che la norma sia da annoverare tra i poteri del turista di modificare unilateralmente il rapporto. *Contra*: E. GUERINONI, *Contratti e responsabilità nel codice del turismo*, in *Corr. giur.*, 2012, pp. 5 ss., il quale ritiene che si sia di fronte a una cessione del contratto a struttura eccezionalmente bilaterale.

¹⁴⁷ La clausola che ecceda tali limiti si ritiene nulla. Discute genericamente di inefficacia A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 281.

¹⁴⁸ Modifiche del prezzo di trasporto di passeggeri in funzione del costo del carburante o di altre fonti di energia; variazioni di tasse o altri diritti sui servizi turistici imposti da terzi non direttamente coinvolti nell'esecuzione del contratto; modifiche dei tassi di cambio pertinenti al pacchetto.

La dottrina non è perentoria nel ravvisare nella fattispecie in esame un'ipotesi di *ius variandi*¹⁴⁹. In particolare, si afferma che la norma «non specifica [...] se la scelta dell'adeguamento debba essere affidata alla decisione di uno dei contraenti dotato di un *ius variandi*, ovvero se possa operare automaticamente. [...] la risposta al quesito può darsi solo in fatto esaminando il tenore delle clausole predisposte ed utilizzate dagli operatori»¹⁵⁰. Tuttavia, non si ritiene di poter condividere tale ricostruzione. Anche ove la clausola sia formulata in termini tali da prevedere un procedimento automatico di adeguamento del prezzo alla circostanza sopravvenuta, l'automatismo in sé non esiste, ma riposa sempre su di una scelta di procedere all'aumento, che di certo proverrà dall'organizzatore, che avrà la forza per imporlo al viaggiatore. Discutere di automatismo, insomma, si ritiene che sia la stessa cosa che riconoscere all'organizzatore uno *ius variandi*.

Si evidenzia pure che in questo caso, a differenza ad esempio di quanto accade per lo *ius variandi* bancario, al viaggiatore cui sia comunicato l'aumento non è data la facoltà di recedere dal contratto. Si può ritenere che la ragione di questa scelta di politica legislativa dipenda dal fatto che è stato fissato un limite quantitativo per l'aumento, che così non dovrebbe risultare troppo afflittivo per il viaggiatore, al punto da dover dare rilievo a un suo eventuale interesse a sciogliersi dal vincolo contrattuale.

Nella sua attuale formulazione, la disciplina della revisione del prezzo prevede che l'aumento sia possibile soltanto ove sia stato regolato con una clausola del contratto, nella quale si preveda anche, ove gli eventi che consentono di procedere all'aumento giustifichino una riduzione del prezzo, il viaggiatore ha diritto ad essa. Si pone allora il problema di un inquadramento di questo diritto del viaggiatore alla riduzione del prezzo al verificarsi degli eventi di cui all'art. 39, secondo comma, cod. tur.

Non pare possibile, oltre ad apparire inutile, ricavare un obbligo di legge gravante sull'organizzatore di procedere alla diminuzione del corrispettivo. La norma non è formulata in modo tale da mettere in risalto l'attivazione dell'organizzatore. Inoltre,

¹⁴⁹ Ritiene che si tratti di autentico *ius variandi* anche G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 99. *Contra* A. SCARPELLO, *La modifica*, cit. p. 297, per il quale la fattispecie presenta la stessa matrice dell'art. 1664 c.c. in tema di appalto.

¹⁵⁰ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 278.

anche ove si volesse ravvisare siffatto obbligo, sarebbe molto difficile immaginarne l'operatività nella realtà. Arduo per il viaggiatore sarebbe già solo constatare l'inadempimento.

In linea teorica si potrebbe pure ravvisare un'ulteriore (più nascosta) ipotesi di *ius variandi* di fonte pattizia. In presenza di eventi che giustifichino una diminuzione del prezzo, il viaggiatore potrebbe imporla all'organizzatore. Tuttavia, contro tale ricostruzione opera ancora una volta il modo concreto in cui opera l'adeguamento.

Ove si trattasse di autentica modifica unilaterale del viaggiatore, questi dovrebbe riquantificare il prezzo alla luce dell'evento e comunicarlo all'organizzatore. Si deve però tenere conto del fatto che il consumatore non ha gli strumenti per fare ciò, pertanto la collaborazione della controparte è necessaria. Il prezzo dovrà quindi cambiare, ma in forza di un accordo attivato dall'iniziativa del viaggiatore che intende far valere il suo diritto. A conferma di ciò si ritiene possibile invocare anche l'ultimo comma dell'art. 39 cod. tur., che, in caso di diminuzione del prezzo, consente all'organizzatore di detrarre dal rimborso dovuto al viaggiatore le spese amministrative e di gestione delle pratiche effettive: è soltanto con la collaborazione dell'organizzatore che si può pervenire all'adeguamento del prezzo.

La sopravvenienza, oltre a poter incidere sul corrispettivo convenuto per il pacchetto turistico, potrebbe render necessario modificare altri elementi del contratto e, in questo caso, la disciplina dell'art. 39 cod. tur. cede il passo a quella dell'art. 40 cod. tur., che a sua volta distingue tra modifiche *di scarsa importanza* e modifiche *significative*.

Circa le prime, si riconosce all'organizzatore del viaggio la possibilità di procedere ad una modificazione unilaterale delle condizioni contrattuali diverse del prezzo soltanto dietro apposita clausola abilitativa, secondo quanto già visto per la disciplina dell'adeguamento del prezzo.

Anche in questo caso sono previsti dei limiti temporali e qualitativi: la modifica sarà possibile soltanto *prima dell'inizio del pacchetto* e deve essere *di scarsa importanza*. L'organizzatore è onerato di comunicare al viaggiatore la modifica *in modo chiaro e preciso* attraverso un supporto durevole (art. 40, primo comma, cod. tur.).

Ove, invece, prima dell'esecuzione dei servizi si presenti la necessità di una modifica significativa delle loro caratteristiche oppure di un adeguamento del prezzo superiore alla già vista soglia dell'8%, di cui all'art. 39 cod. tur., la legge, senza entrare troppo nel dettaglio sul procedimento per addivenire alla modifica, prevede che alla controparte sia data la possibilità di accettare la proposta di modifica oppure di recedere senza spese, fermo restando che, in caso di recesso, l'organizzatore ha la facoltà di offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore (art. 40, secondo comma, cod. tur.).

Inoltre, si specifica quale deve essere l'oggetto della comunicazione al viaggiatore (terzo comma); si afferma il diritto alla riduzione del prezzo nel caso in cui gli si offerto un pacchetto di qualità o costo inferiore (quarto comma); si fissano le modalità per il rimborso del cliente che recede senza accettazione del pacchetto sostitutivo (quinto comma).

Venendo alla qualificazione giuridica di queste fattispecie, si ritiene necessario operare dei distinguo. Per quanto riguarda le modifiche di scarsa importanza di cui al primo comma dell'art. 40 cod. tur., non pare potersi negare che si sia innanzi a un fenomeno di *ius variandi*. La fattispecie in questione, peraltro, è configurata in modo analogo alla revisione del prezzo di cui all'art. 39 cod. tur., non a caso anche in questa fattispecie non è riconosciuto al viaggiatore il recesso quale strumento di reazione alla modifica per la medesima ragione già portata in evidenza, e cioè che rispetto a delle variazioni di poco conto il Legislatore non ha ritenuto opportuno consentire al viaggiatore di porre fine al rapporto.

Quanto alle modifiche significative, la norma pone problemi analoghi a quelli già analizzati rispetto alla disciplina dello *ius variandi* nei servizi di pagamento. La disposizione, infatti, offre al viaggiatore due alternative: l'accettazione della modifica e il recesso. Sembrerebbe, dunque, che la modifica possa spiegare i suoi effetti soltanto in virtù della combinazione di proposta dell'organizzatore e accettazione tacita del viaggiatore, realizzandosi una vicenda bilaterale.

Tuttavia, pare preferibile ritenere che, qualora sia necessaria una modifica significativa del contratto, il Legislatore abbia ritenuto imprescindibile la ricerca della volontà del viaggiatore, il quale potrà tanto accettare la proposta ricevuta, consentendo alla modifica, quanto rifiutarla e proseguire nel rapporto così come

originariamente configurato. Tuttavia, è data al viaggiatore anche la possibilità di una reazione più forte, *i.e.* il recesso, che pone fine al rapporto¹⁵¹.

8. Lo *ius variandi* nei contratti di servizi di comunicazione elettronica

Proprio come nei rapporti di subfornitura e in quelli bancari, anche nel settore delle telecomunicazioni si è fatto ampio uso del potere di modificare unilateralmente il contratto da ben prima rispetto all'intervento regolatore del Legislatore. La fissazione di regole precise era un'esigenza forte, in quanto si comprenderà che le clausole attributive dello *ius variandi* vengono inserite in contratti rispetto ai quali l'utente ha un potere di trattativa praticamente nullo. Fu così approvato, anche per conformarsi alle prescrizioni dell'Unione europea, il Codice delle comunicazioni elettroniche (d'ora in poi cod. comm. elettr.)¹⁵².

Per la materia oggetto del presente scritto a venire in rilievo è l'art. 70, quarto comma, del predetto codice¹⁵³, ove si prevede che «[i]l contraente, qualora non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica, ha diritto di recedere dal contratto senza penali né costi di disattivazione. Le modifiche sono comunicate al contraente con adeguato preavviso, non inferiore a trenta giorni, e contengono le informazioni complete circa l'esercizio del diritto di recesso. L'Autorità può specificare la forma di tali comunicazioni»¹⁵⁴.

¹⁵¹ Si esprime in termini analoghi, ancorché con riguardo alla disciplina anteriore alla novella del 2018, A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 293.

¹⁵² D.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 e successive modifiche, con cui si è data attuazione alla direttiva n. 22/2002/CE.

¹⁵³ Per la dottrina si rinvia a: A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore" (Lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 136 ss.; G. GABASSI, *Sub. Art. 70*, in G. DE CRISTOFARO - A. ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, pp. 1377 ss.; N. BRUTTI, *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (Il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259)*, in *Dir. inf.*, 2012, pp. 765 ss.

¹⁵⁴ Completa questa disciplina l'art. 6 del *Regolamento recante disposizioni a tutela degli utenti in materia di contratti relativi alla fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche*, costituente allegato A alla delibera n. 519/15/CONS dell'AGCOM.

La norma è formulata presupponendo un potere unilaterale di modifica dell'impresa, non pare quindi che si possa dubitare dell'autentica natura di *ius variandi* della fattispecie¹⁵⁵. Si potrebbe ritenere che un tale potere le sia implicitamente riconosciuto dalla legge, che si preoccupa soltanto di regolarlo, ma questa ipotesi ricostruttiva non convince. Il potere potrà essere esercitato in quanto contemplato in apposita clausola del contratto¹⁵⁶. Se il Legislatore non ha chiarito che è questo il modo per attribuirlo è, probabilmente, per la circostanza che le condizioni generali di contratto delle imprese che operano nel settore delle telecomunicazioni già lo prevedono.

Un aspetto sul quale la disciplina tace è la sanzione civile da ricollegare alla violazione delle *supra* riportate regole¹⁵⁷. La dottrina tende a ritenere che la sanzione sia ancora una volta l'inefficacia della modifica, con conseguente diritto alla ripetizione di quanto indebitamente pagato in dipendenza della variazione¹⁵⁸.

In conclusione, si tratta di analizzare in che rapporto sia la disciplina analizzata nel presente paragrafo con quella contenuta nel codice del consumo. Ritorna ancora, seppur in una diversa manifestazione, il problema del rapporto tra norme generali e norme speciali del diritto dei contratti, già emerso più volte.

Autorevole dottrina propende per la prevalenza delle norme contenute nel codice delle comunicazioni elettroniche, qualora ci si trovi innanzi ad un soggetto che abbia i requisiti per essere considerato come consumatore¹⁵⁹. Altri studiosi al contrario non escludono la possibilità di applicare congiuntamente le due discipline, ma, in tal caso, si pongono evidenti problemi di coordinamento tra le varie norme coinvolte. Si deve infatti considerare che la disciplina di cui all'art. 70, quarto comma, cod. comm. elettr., si menziona lo strumento di tutela del recesso, ma non ancora lo *ius variandi* al giustificato motivo, a differenza di quanto si è visto fare dall'art. 33, secondo comma, lett. m., cod. cons. A questo punto l'unica forma di coordinamento possibile non può che essere quella di richiedere la sussistenza di un giustificato motivo per le

¹⁵⁵ S. PAGLIANTINI, *La modificazione*, cit., p. 197.

¹⁵⁶ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 268.

¹⁵⁷ Si prevede soltanto l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 98, sedicesimo comma, cod. comm. elettr.).

¹⁵⁸ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 262.

¹⁵⁹ A. ZOPPINI, *Sul rapporto*, cit., p. 143, che, peraltro, non reputa necessaria la ricorrenza del giustificato motivo per l'atto di esercizio dello *ius variandi*.

variazioni dei contratti di comunicazione elettronica di cui sia parte un consumatore¹⁶⁰.

9. Sopravvenienze e mercato dell'energia elettrica e del gas naturale

Un settore nel quale la tematica della gestione delle sopravvenienze è in grande fermento è quello dei contratti per la fornitura dell'energia elettrica e del gas naturale¹⁶¹. In tali rapporti la sopravvenienza è fisiologica e l'utente è sempre esposto all'approfittamento dell'impresa: nel caso di aumento dei costi delle materie prime, essi verranno tendenzialmente scaricati sull'utente; nel caso di loro riduzione, invece, l'impresa in linea di massima non diminuirà il corrispettivo della somministrazione al fine di conseguire maggiori profitti¹⁶².

Per questi contratti mancano delle norme di legge come quelle viste *supra* per alcuni contratti della legislazione speciale. Nondimeno riferimenti normativi sono oggi vigenti grazie agli interventi dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente¹⁶³, che, più in generale, interviene al fine di accompagnare il processo liberalizzazione dei relativi mercati, per far sì che esso si realizzi in maniera concorrenziale e sicuro per gli utenti e per l'ambiente¹⁶⁴. Emblematico da questo

¹⁶⁰ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 270.

¹⁶¹ Per una panoramica generale su questi contratti si rinvia a C. VENDITTI, *Il consumatore e l'erogazione di servizi pubblici*, in M.E. DI GIANDOMENICO - G. CASSANO (a cura di), *Il diritto dei consumatori. Profili applicativi e strategie processuali*, Tomo II, Padova, 2010, pp. 865 ss., in part. pp. 922 ss.

¹⁶² Come rileva A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 219, a cui si rinvia per la materia oggetto del presente paragrafo (pp. 218 ss).

¹⁶³ Nel mercato del gas naturale, al fine di tutelare gli utenti finali, l'Autorità di settore, a partire dalla delibera 29 dicembre 2004, n. 248, è intervenuta sui contratti stipulati tra grossisti e imprese. Si comprenderà, infatti, che, limitando l'approfittamento del grossista nei confronti dell'impresa, si contrasta la tendenza dell'impresa a scaricare il maggior costo sull'utente finale. L'art. 2, in tema di *obblighi degli esercenti l'attività di vendita nei contratti di compravendita all'ingrosso del gas naturale in essere*, prevede un autentico obbligo di rinegoziare il contratto qualora esso non preveda meccanismi di aggiornamento o revisione dei prezzi: «[g]li esercenti di cui al comma 2.1 [*i.e.* i grossisti], offrono ai propri clienti nuove condizioni economiche formulate in coerenza con gli esiti del primo aggiornamento della componente materia prima, effettuato dall'Autorità ai sensi della disciplina introdotta dal comma 1.2».

¹⁶⁴ Sui rapporti tra mercato, contratto e regolazione da parte delle Autorità indipendenti, si rinvia a C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 1368 ss.

punto di vista è il *Codice di condotta commerciale per la vendita di energia elettrica e di gas naturale ai clienti finali*, che all'art. 13 ha espressamente regolato lo *ius variandi* dell'impresa¹⁶⁵.

Da questa articolata disciplina si ricava che il fondamento di questo *ius variandi* è necessariamente pattizio¹⁶⁶ e ancorato alla ricorrenza di un giustificato motivo; si impone il rispetto di una dettagliata sequenza procedimentale per far sì che la modifica spieghi i suoi effetti; si garantisce all'utente il diritto di recedere dal contratto. A corredo di queste norme c'è la previsione di un indennizzo - per la verità molto blando, in quanto di soli trenta euro - per il caso di loro violazione, facendosi tuttavia salvo il diritto al risarcimento del danno (art. 14 del Codice di condotta).

¹⁶⁵ Annovera questa norma tra le ipotesi di *ius variandi* anche S. PAGLIANTINI, *La modificazione*, cit., p. 198. Si riporta il testo dell'art. 13 nella sua versione in vigore dal 1° gennaio 2018: «13.1 Qualora nel periodo di validità di un contratto di fornitura, nel quale è esplicitamente prevista la facoltà per l'esercente la vendita di variare unilateralmente specifiche clausole contrattuali, si renda necessario, per giustificato motivo, il ricorso da parte dell'esercente la vendita a tale facoltà, l'esercente la vendita ne dà comunicazione in forma scritta a ciascuno dei clienti finali interessati in modo tale che tale comunicazione pervenga ai clienti finali stessi con un preavviso non inferiore a 3 mesi rispetto alla decorrenza delle variazioni, considerandosi decorrente il suddetto termine dal primo giorno del mese successivo a quello di ricevimento da parte del cliente stesso. Fatta salva prova contraria, la suddetta comunicazione si presume ricevuta trascorsi 10 giorni dall'invio effettuato da parte dell'esercente la vendita. 13.2 La comunicazione di cui al comma 13.1 non è dovuta in caso di variazione dei corrispettivi che derivano dall'applicazione di clausole contrattuali in materia di indicizzazione o di adeguamento automatico di cui al precedente comma 6.1, lettera d. In questo caso il cliente finale è informato della variazione nella prima bolletta in cui le variazioni sono applicate. 13.3 La comunicazione di cui al comma 13.1 contiene l'intestazione "Proposta di modifica unilaterale del contratto" e, per ciascuna delle modifiche proposte, le seguenti informazioni: a. il testo completo di ciascuna delle disposizioni contrattuali risultante dalla modifica proposta; b. l'illustrazione chiara, completa e comprensibile, dei contenuti e degli effetti della variazione proposta; c. la decorrenza della variazione proposta; d. le modalità ed i termini per la comunicazione da parte del cliente finale dell'eventuale volontà di esercitare il recesso senza oneri; tali termini non possono essere superiori a quelli stabiliti dall'articolo 3 della deliberazione 144/07; e. l'illustrazione chiara e comprensibile che il cliente finale di gas naturale avente diritto al servizio di tutela ha, in alternativa alla facoltà di recedere, la facoltà di essere fornito dal medesimo esercente alle condizioni economiche e contrattuali del servizio regolato. In tale caso la richiesta in forma scritta del cliente finale dovrà essere esercitata secondo le modalità e i termini di cui alla precedente lettera d. 13.4 Le informazioni di cui al precedente comma 13.3 non potranno essere trasmesse all'interno dei documenti di fatturazione o congiuntamente agli stessi, salvo il caso in cui la variazione unilaterale si configuri come una riduzione dei corrispettivi originariamente previsti in contratto».

¹⁶⁶V. art. 11 del codice di condotta.

10. Prime conclusioni

Dai dati normativi analizzati possono trarsi delle prime indicazioni di sistema.

Innanzitutto, pare potersi ricavare l'ammissibilità di un c.d. *ius variandi pattizio atipico*. Salvo che nelle ipotesi in cui sia posto uno speciale - e quindi eccezionale - divieto di legge (si pensi a quanto visto in materia di subfornitura), l'ordinamento dimostra di non ritenere immeritevole di tutela una pattuizione che attribuisca a una delle parti un potere di andare a incidere unilateralmente sul regolamento contrattuale al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. Non a caso in taluni casi è proprio la legge a regolare questo potere - c.d. *ius variandi pattizio tipico* - o a riconoscerlo direttamente - c.d. *ius variandi legale*. Questa prima acquisizione è importante per fondare un'indagine che intenda analizzare il riferito *ius variandi pattizio atipico*, quale quella che seguirà nei successivi due capitoli.

Tuttavia, l'analisi delle molteplici forme che lo *ius variandi* assume nell'ordinamento consente anche di ricavare importanti indicazioni sul piano delle modalità e dei limiti per attribuire questo potere. Innanzitutto è emersa la rilevanza che ha il giustificato motivo. Si tratta di comprendere se esso debba iniziare ad emergere già nella fase della predisposizione della clausola attributiva (cd. *momento attributivo*) oppure se esso possa rilevare anche soltanto rispetto all'atto di esercizio dello *ius* (cd. *momento dinamico*).

Analoghe analisi andranno poi svolte con riferimento all'altro tradizionale strumento di bilanciamento del potere di modifica unilaterale, *i.e.* il recesso, ove le parti non lo abbiano contemplato nella pattuizione regolatrice del potere.

Infine, il materiale esaminato consente di evidenziare un ulteriore problema, quello dei contenuti della *lex contractus* individuabili quale possibile oggetto di modifica con l'atto di esercizio del potere, che, a seconda di come lo si risolve, segna il confine entro cui spiegare l'autonomia privata.

Al *momento attributivo* dello *ius variandi* sarà dunque dedicato il capitolo che segue.

CAPITOLO II

L'AUTONOMIA PRIVATA E L'ATTRIBUZIONE DELLO *IUS VARIANDI*. I CARATTERI DELLO *IUS VARIANDI* PATTIZIO ATIPICO

SOMMARIO: 1. L'ammissibilità di uno *ius variandi* pattizio atipico. Premessa metodologica 2. La natura giuridica dello *ius variandi*. Precisazioni sulla posizione della controparte 3. *Ius variandi* e determinazione del contenuto del rapporto contrattuale ad opera di una delle parti. Raffronto con l'arbitraggio di parte 4. *Ius variandi* e determinabilità dell'oggetto contrattuale 5. Perimetrazione del profilo causale della clausola attributiva dello *ius variandi* e diverso atteggiarsi degli interessi dei contraenti a seconda della tipologia contrattuale. 6. Il problema dell'ammissibilità di uno *ius variandi* ad efficacia estintiva e ad efficacia estintivo-costitutiva. 7. L'ampiezza dell'effetto modificativo dipendente da un atto di *ius variandi* in rapporto con la novazione 8. Le *hardship clauses*: un contributo nella ricostruzione dello *ius variandi* pattizio dall'esperienza del commercio internazionale 9. *Hardship* e principi Unidroit. Verso la codificazione degli istituti per la gestione delle sopravvenienze? 10. Conclusioni

1. L'ammissibilità di uno *ius variandi* pattizio atipico. Premessa metodologica

Chi al giorno d'oggi voglia indagare la tematica dello *ius variandi*, sarà inevitabilmente posto innanzi alla questione se sia attuale o meno il dibattito sull'ammissibilità di una pattuizione che, sulla base del solo accordo – e, quindi, a prescindere da una norma generale ed astratta che contempra la possibilità di tale attribuzione –, riconosca ad uno dei contraenti un potere di modifica unilaterale del contratto¹⁶⁷. Infatti, se quando si è innanzi ad una clausola di *ius variandi* che trovi la

¹⁶⁷ Un tale dibattito pare ancora attuale; d'altronde, come rileva M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 132, oltre a quei settori in cui la legge ha ritenuto necessario intervenire attraverso una regolazione specifica dello *ius variandi*, «[...] residuano ulteriori settori privi di specifica regolamentazione, in cui pure possono manifestarsi interessi meritevoli di tutela che giustificano il riconoscimento negoziale di poteri unilaterali modificativi. Non senza sottolineare che, anche con riferimento alle fattispecie tipicamente disciplinate, residuano delle ipotesi di modifica non espressamente contemplate dal legislatore».

propria fonte nella legge l'interprete non è chiamato a farsi problemi circa la meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, in quanto è stato valutato a monte dal Legislatore come meritorio di tutela da parte dell'ordinamento, diverso è il discorso quando la pattuizione sul potere di modifica unilaterale del contratto non sia riconducibile ad una previsione generale ed astratta.

Quello che pare indubbio, visto lo stato di evoluzione del dibattito, è che ad oggi sia minoritaria – oltre ad essere smentita da quanto accade quotidianamente nella prassi contrattuale – la tesi che escludeva l'ammissibilità del potere unilaterale di modifica al di fuori delle ipotesi contemplate dalla legge. Infatti, così ritenendo, ne dovrebbe derivare come conseguenza l'applicazione di rimedi invalidatori alla pattuizione atipica di *ius variandi* per contrasto con un asserito principio che esclude la modifica unilaterale del contratto al di fuori dei casi previsti dalla legge. Tuttavia, un rimedio invalidatorio, per quanto in passato pure abbia trovato applicazione¹⁶⁸, non ha alcun fondamento, frustrando anzi ingiustamente la funzione assolta da tale strumento di adeguamento del contratto.

Piuttosto, è ormai acquisito tra gli autori come il potere di variazione unilaterale possa costituire valida espressione dell'autonomia contrattuale¹⁶⁹. Anzi, in considerazione delle norme analizzate nel capitolo precedente, è forte la tentazione di liquidare celermente il problema dello *ius variandi* pattizio atipico e di risolverlo affermativamente.

Molti, infatti, come si è visto nel capitolo precedente, sono stati gli interventi legislativi in materia, soprattutto negli ultimi anni, che rivelerebbero un diverso approccio dell'ordinamento alla materia, tale da giustificare la clausola atipica di *ius variandi*. A ben vedere, però, se il materiale normativo e i contributi della dottrina non mancano affatto, in quest'indagine a far sentire troppo debolmente la sua voce è la giurisprudenza. Rari, infatti, sono stati – e sono tuttora – i casi in cui i giudici si

¹⁶⁸ Ad esempio in molti casi i giudici si sono espressi nel senso di ritenere nulle le clausole attributive del potere di modifica unilaterale del contratto contenute in contratti-concessioni conclusi tra una Pubblica Amministrazione e dei privati, con le quali la prima si riservava il potere di modifica del canone della concessione. Vedasi in proposito: Cass. 6 febbraio 1972, n. 728, in *Foro it.*, cc. 3237 ss.; Cass. 28 gennaio 1975, in *Arch. resp. civ.*, 1975, pp. 363 ss.; Cass. S.U., 13 marzo 1972, n. 728, in *Mass. giust. civ.*, 1972.

¹⁶⁹ A. FICI, *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («ius variandi»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, pp. 389 ss., p. 397, sottolinea come a fondamento del diritto di modificazione unilaterale si ponga pur sempre un accordo.

sono pronunciati sulla variazione unilaterale di fonte pattizia e ancora più rare sono le affermazioni di principio utili per una ricostruzione generale dell'istituto¹⁷⁰.

In linea di principio, se ci si limitasse a considerare quel ricco e variegato insieme di ipotesi di *ius variandi* di fonte legale, non pare potersi censurare la conclusione di quanti sono indotti a ritenere che esse siano una scontata espressione dell'avvenuta acquisizione a livello ordinamentale di un principio generale che ammette lo *ius variandi*¹⁷¹. Sviluppando questo indirizzo, non vi sarebbero margini per una riflessione sistematica di ampio respiro e residuerebbe per l'interprete soltanto il compito di stabilire condizioni, limiti ed effetti del suo esercizio, dal momento che molti riferimenti normativi non brillano per chiarezza e non sono quindi in grado di fornire risposte a questi aspetti problematici¹⁷².

Questo approccio si contrappone a quello che sottolinea l'eterogeneità delle singole fattispecie di *ius variandi* previste dal diritto positivo. Si evidenzia come ciascuna di esse presenterebbe caratteristiche sia qualitative, che operative, così peculiari da rendere impossibile una teoria generale delle varie ipotesi. Secondo questo indirizzo sarebbe compito dell'interprete ricostruire i profili di sistema, richiedendosi quindi allo studioso uno sforzo ben più arduo rispetto a quello previsto

¹⁷⁰ Fatta eccezione per la nota sentenza Cass. 8 novembre 1997, n. 11003, in *Rep. Foro it.*, voce *Agenzia*, n. 26, sulla quale si ritornerà diffusamente nelle pagine che seguono. La pronuncia è anche annotata da A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, pp. 346 ss.; R. LENER, *Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori*, in *Contr.*, 1998, pp. 255 ss.; S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giust. civ.*, 1998, pp. 2895 ss.; S. SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. ec. ass.*, 1999, pp. 215 ss.

¹⁷¹ Come si ricava da M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 134, la quale pare affermare che il problema dell'ammissibilità della modifica unilaterale del contratto per via pattizia sia superato: «[q]uanto alla lettura da dare alla disciplina positiva delle singole ipotesi di *ius variandi* ed alla riconosciuta possibilità per le parti di soddisfare, con un atto di autonomia negoziale, ogni eventuale esigenza o interesse modificativo, sembra doversi ritenere ormai superato il problema dell'astratta ammissibilità del conferimento ad uno dei contraenti del potere di incidere unilateralmente sul rapporto contrattuale in corso di svolgimento». Sulla medesima posizione pare assestarsi altresì G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 4, il quale evidenzia come «[...] costituisce espressione dell'autonomia contrattuale la libertà delle parti di convenire l'attribuzione ad uno (o ad entrambi) i *partners* del potere di modificare unilateralmente [...] il rapporto contrattuale.»

¹⁷² In proposito si veda nuovamente M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., pp. 135-136.

da colui che segua il primo approccio, chiamato “soltanto” ad un’attività specificatoria di regole che per lui non sono problematiche¹⁷³.

Ad una riflessione più approfondita, tuttavia, pare che anche questa ricostruzione non sia immune da critiche. Tuttavia, essa tiene bene in considerazione che gran parte delle novelle legislative degli ultimi anni, più che il frutto di una riflessione di sistema, sono state il frutto della necessità, se non addirittura del vero e proprio caso. Spesso, infatti, si è scelto di intervenire soltanto perché un determinato ambito lo richiedeva, magari su sollecitazione di norme europee da attuare, che, quindi, non consentivano di attendere più a lungo. La conseguenza è stata che si è intervenuto, ma senza porsi alcun interrogativo di carattere general-sistematico.

Pare a questo punto necessaria una precisazione. Anche questo filone di pensiero da ultimo presentato perviene alla medesima conclusione in senso affermativo rispetto all’ammissibilità dello *ius variandi* pattizio atipico, al pari di quello menzionato per primo. Cambia tuttavia l’*iter* argomentativo: induttivo e più immediato per quanti ragionano secondo il primo schema prospettato; deduttivo e più articolato per i sostenitori del secondo approccio.

In conclusione, si è convinti che un’indagine costruttiva sia quella che rifugge una semplificazione delle premesse, del problema e delle consequenziali argomentazioni. Di certo, la sola analisi della casistica di diritto positivo in tema di *ius variandi* non sembra che sia in grado di fondare una conclusione nel senso dell’ammissibilità o meno nell’ordinamento di un potere di modifica unilaterale di fonte pattizia e atipico. Pare indispensabile compiere un’indagine dal respiro più ampio, richiamando ben noti istituti fondamentali del diritto privato.

Tuttavia, prima di dedicarsi a questo pare necessario fare il punto su quale sia la natura dello *ius variandi*, onde così avviare la sua messa in relazione con gli altri istituti del sistema del diritto privato. A ciò saranno dedicate le pagine che seguono.

¹⁷³ Pare collocarsi in questo secondo filone lo scritto di A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 93, la quale mette in luce che «[l]e difficoltà oggettive derivanti da una mancata regolazione del fenomeno in sede di disciplina generale del contratto cui fa riscontro, per converso, una ricca – quanto disordinata e caotica – normazione settoriale non devono far propendere per una rinuncia all’approfondimento delle problematiche, anche di teoria generale, che afferiscono al tema, cui può seguire un tentativo di sistemazione del fenomeno».

2. La natura giuridica dello *ius variandi*. Precisazioni sulla posizione della controparte

Prima di entrare nel merito della disamina circa la natura giuridica del potere di modifica unilaterale del contratto, che, com'è evidente, è comune tanto allo *ius variandi* di fonte legale che a quello di fonte pattizia, si ritiene opportuno muovere da quelli che sono i suoi caratteri peculiari. Una tale premessa è ritenuta utile dal momento che obiettivo di queste pagine è anche quello di ricavare una collocazione dell'istituto nell'ambito delle categorie generali del diritto privato.

Il primo carattere a doversi mettere in rilievo è la natura *derivata* dello *ius variandi*, da intendersi in un duplice senso.

Innanzitutto si è innanzi ad un potere *derivato* in quanto, per il valido esercizio dello *ius variandi*, il relativo atto di modifica unilaterale del contratto deve essere ancorato ad una fonte, legale o convenzionale, che in maniera espressa lo attribuisca ad uno dei contraenti. Inteso in questo senso, il carattere *derivato* del potere di modifica unilaterale del contratto nulla di nuovo è in grado di dire, in quanto è evidente che ogni situazione giuridica soggettiva attiva deve avere un tale fondamento.

Piuttosto, pare più rilevante la seconda accezione dello *ius variandi* come potere *derivato*: nel senso cioè che il suo esercizio, sul piano degli effetti, andrà ad incidere su un negozio già formato.

Altro importante carattere è la *specialità* dello *ius variandi*. La *specialità*, come già si è visto, va intesa non tanto in modo formale, ma sostanziale, nel senso cioè che questo potere rappresenta una rottura rispetto alla necessaria consensualità degli accordi negoziali, anche modificativi, e al principio dell'intangibilità della sfera giuridica altrui in assenza della volontà dell'interessato.

Un terzo carattere da mettere in evidenza è quello della *discrezionalità*. Il titolare del potere di modifica unilaterale del contratto è *facoltizzato*, ma non tenuto, al suo esercizio. Ciò, tuttavia, come si vedrà più diffusamente di seguito, non implica affatto che chi ne sia titolare possa esercitarlo arbitrariamente, in quanto è possibile ricostruire tramite le clausole generali dei correttivi a quello che altrimenti sarebbe

un potere dirompente, soprattutto nella prospettiva di colui che sia destinato a subirne l'esercizio¹⁷⁴.

Infine, per concludere la panoramica delle sue caratteristiche, lo *ius variandi* è un potere necessariamente *limitato*. Il carattere di potere *limitato* si spiega e si giustifica *in primis* in considerazione del riferito connotato della specialità. La deroga al principio dell'intangibilità della sfera giuridica altrui è possibile in quanto sia circondata da condizioni e limiti, volti a preservare gli altri consociati da possibili lesioni dei propri interessi. Ma questo carattere si spiega anche come controaltare della summenzionata natura discrezionale del potere, che non può essere assoluta.

Ciò che tiene insieme ed è in grado di spiegare la natura al contempo *derivata*, *speciale*, *discrezionale* e *limitata* dello *ius variandi* è l'unilateralità della vicenda, da intendersi nel senso tradizionale secondo cui la modifica del contratto passa per la manifestazione di volontà negoziale di un'unica parte del contratto. Sono state dunque poste le premesse per entrare nello stretto merito dell'oggetto del presente paragrafo. La categoria che allora si rivela più corretta per inquadrare la natura giuridica dell'istituto, a metà strada tra il diritto assoluto e quello relativo¹⁷⁵, è quella del *diritto potestativo*¹⁷⁶, con la quale, come noto, ci si riferisce a situazioni in cui l'ordinamento mette un soggetto nella condizione di soddisfare un proprio interesse conferendogli un potere che, passando per un atto di esercizio dalla natura necessariamente negoziale¹⁷⁷, è capace di incidere sulla sfera giuridica altrui, senza che sia data la possibilità a costui di fermare l'atto di esercizio di questo potere.

In particolare, lo *ius variandi* si configura come diritto potestativo modificativo, da distinguere sia da quelli che producono effetti costitutivi, quale il diritto di

¹⁷⁴ A questo proposito osserva A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 110, che «[...] quando si attribuisce, *ex lege* o tramite convenzione privata, un diritto di modifica unilaterale del regolamento contrattuale vigente *inter partes* si pone il problema di escludere l'arbitrarietà e circoscrivere entro limiti ragionevoli la discrezionalità del titolare, nonché, ove occorra, di assicurare la permanenza dell'equilibrio economico tra le prestazioni in sinallagma a seguito della variazione unilateralmente disposta.».

¹⁷⁵ Il diritto potestativo presenta come carattere in comune con il diritto assoluto l'idoneità ad incidere sulla realtà giuridica a prescindere dalla collaborazione di un altro soggetto, mentre condivide con il diritto relativo la limitazione della sua efficacia nei confronti di soggetti determinati. Per un approfondimento, nella sconfinata letteratura in materia si segnala B. CARPINO, *Voce Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1988, pp. 1 ss.

¹⁷⁶ Si esprimono per la natura di diritto potestativo dello *ius variandi* tra gli altri: A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 109; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 16.

¹⁷⁷ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 17.

opzione, sia da quelli che determinano effetti estintivi, come il diritto di recesso. Dall'esercizio del potere modificativo può derivare una variazione dello sforzo adempitivo richiesto alla controparte, come ad esempio accade quando si realizza una variazione del corrispettivo, oppure una modifica delle modalità esecutive della prestazione cui quest'ultima è tenuta, si pensi ad esempio alla variazione del luogo in cui si dovrà adempiere.

La modificazione del rapporto è una vicenda ben più pericolosa tanto rispetto alla sua costituzione, quanto rispetto alla sua estinzione, in considerazione della sua possibile ampiezza. Per tale motivo, essendo maggiori le insidie a cui è esposto il soggetto in posizione di soggezione, maggiori dovrebbero essere i limiti a questo potere. Un siffatto rilievo in questa sede, in cui si analizza la natura giuridica dello *ius variandi*, conduce innanzitutto non tanto alla disamina dei possibili limiti da porre al potere di modifica unilaterale del contratto, quanto alla questione della natura di quella posizione in cui versa la controparte del titolare del diritto potestativo, che, con una terminologia ormai definitivamente sdoganata, è stata definita come *posizione di mera soggezione*¹⁷⁸.

L'analisi di quanti non si sono soffermati soltanto a valutazioni di tipo strutturale, ma che hanno anche affiancato ad esse considerazioni funzionali¹⁷⁹, ha portato a rilevare che questo soggetto non è in un'autentica e assoluta *posizione di mera soggezione*, in quanto egli è comunque titolare di un interesse rilevante per l'ordinamento e, precisamente, quello a che il potere di modifica unilaterale del contratto venga esercitato *correttamente* dal titolare. Esercizio *corretto* del potere significa non tanto e non soltanto che esso deve estrinsecarsi in un atto che non travalichi i limiti posti dalla legge, pattizi o ricavabili dal sistema, ma anche che quest'atto deve essere conforme alla *ratio* che ha indotto la legge o i contraenti

¹⁷⁸ Questa terminologia viene impiegata anche da A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 16, il quale evidenzia come «[...] il tratto distintivo della figura è costituito da due situazioni giuridiche contrapposte: il potere della parte di modificare il contratto da un lato e la soggezione rispetto alla modificazione intervenuta, dall'altro.».

¹⁷⁹ Come fa A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 115-116, la quale sul punto è esplicita: «[è] nostro convincimento che una moderna considerazione dei poteri privati non possa arrestarsi all'esame strutturale della posizione attiva e del complesso di facoltà e/o poteri che essa esprime, in quanto, soprattutto in contesti relazionali dispari, non si può prescindere da una considerazione funzionalistica».

all'attribuzione dello *ius variandi*. Tale interesse, secondo alcuni studiosi¹⁸⁰, potrebbe essere qualificato come un *interesse legittimo privato*, *i.e.* come interesse al corretto esercizio dello *ius variandi*¹⁸¹.

Questa tesi convince; pare che i tempi siano maturi per sviluppare una riflessione sulla tematica dello *ius variandi* che sia capace armonizzarsi con le linee evolutive dell'ordinamento, sempre più attento alla regola di correttezza, in quanto espressione del principio solidaristico incardinato nella Costituzione. Le precedenti riflessioni sul tema, che pure hanno avuto il merito di portare l'attenzione della comunità scientifica su di un tema spesso negletto, difettavano di una visione di insieme, in quanto la vicenda in cui si inserisce lo *ius variandi* è sì unilaterale, ma soltanto sul piano della volontà negoziale, non anche su quello degli interessi in gioco. Attraverso il modo di

¹⁸⁰ In proposito si vedano le acute considerazioni svolte da A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 114: «[a] fine di descrivere la posizione del controinteressato alla variazione unilaterale il richiamo alla mera soggezione, classico controaltare del diritto potestativo, pare riduttivo ed insufficiente in quanto incapace di esprimere l'interesse ad un corretto uso del potere di cui è portatore il soggetto passivo. Sembra invece maggiormente appropriato accostare alla soggezione, che pure utilmente esprime l'impossibilità di evitare la variazione, il riferimento alla nozione di interesse legittimo di diritto privato [...]».

¹⁸¹ Sul tema della progressiva emersione di una sensibilità tra i privatisti verso l'interesse legittimo si rinvia al contributo di C. MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in *Comp. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss., che riprende, tra gli altri, la fondamentale opera di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, nonché L. BIGLIAZZI GERI, Voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, pp. 527 ss. Mazzù osserva che «[d]i fronte alle manifestazioni di potere privato (legittime perché, magari, assistite dalla tutela offerta col riconoscimento e l'attribuzione di un diritto soggettivo), ogni interesse contrapposto non dovrebbe ricevere alcun tipo di protezione, in quanto ad una situazione di potere (come quella del titolare di un diritto soggettivo) deve corrispondere una di dovere o, *lato sensu*, di soggezione. Tradizionalmente, l'atteggiamento tendenziale rispetto a tali interessi contrapposti al potere sarebbe stato quello di considerarli irrilevanti da un punto di vista giuridico. Da questa situazione discende che il potere privato restava libero e insuscettibile di controllo, col rischio di degenerare nell'arbitrio e nell'abuso; dall'altro lato, i soggetti portatori di interessi contrapposti a situazioni di potere si trovavano in condizione di mera soggezione nei suoi confronti, non disponendo di alcuno strumento giuridico per far valere la propria posizione. Ma la condizione di soggezione cozza contro due fondamenti posti alla base del nostro attuale sistema: il principio di solidarietà e il principio di uguaglianza sostanziale (art. 2 e 3 Cost.). Lasciare privi di ogni tutela giuridica una serie di interessi, apprezzabili sul piano sociale, giuridico ed economico, ma che non sarebbero da considerare rilevanti da un punto di vista giuridico (secondo la dogmatica tradizionale), per il fatto di essere contrapposti a situazioni comunque di potere (come quella in cui versa il titolare di un diritto soggettivo), significherebbe, nella ricostruzione offerta dalla Bigliazzi Geri, quasi creare spazi vuoti di giustizia, in stridente contraddizione con i valori fondanti dell'intero sistema politico-costituzionale. Viceversa, accordare in una certa misura rilevanza giuridica a siffatte tipologie di situazioni, significherebbe porre degli argini a un uso potenzialmente indiscriminato del potere privato, rendendo più difficile la creazione delle condizioni per ipotesi di abuso, coerentemente col senso delle disposizioni costituzionali.».

ragionare che si è tentato di descrivere si creano degli spazi per prevenire a monte possibili abusi da parte del titolare del potere e, *ex post*, per rendere possibile un controllo giudiziale della fattispecie di concreto esercizio dello *ius variandi*.

3. *Ius variandi* e determinazione del contenuto del rapporto contrattuale ad opera di una delle parti. Raffronto con l'arbitraggio di parte

L'indagine che si intende svolgere è volta a indagare se sia possibile riscontrare degli indici sistematici di ammissibilità di uno *ius variandi* di fonte pattizia atipico. Come nelle trattazioni di quella dottrina tendenzialmente favorevole al conferimento alla parte del contratto di poteri determinativi del suo contenuto, l'individuazione di tali indici pare necessaria al fine di superare il problema dell'assenza di una previsione espressa e generale in tema di *ius variandi* pattizio. Questo approccio è sempre più diffuso, anche in considerazione della rinnovata sensibilità nei confronti delle esigenze dell'odierna realtà commerciale e, quindi, del suo bisogno di un adeguamento delle condizioni economiche a fronte di sopravvenienze.

In particolare, in questa indagine viene in rilievo il problematico istituto dell'*arbitraggio di parte*¹⁸², il quale è stato riscoperto di recente, anche sulla scorta di quanto acquisito da altri ordinamenti.

Pare meno pertinente, invece, in una ricerca sistematica sul fondamento dello *ius variandi* pattizio atipico, il richiamo dell'arbitraggio del terzo di cui all'art. 1349 c.c. È facile rilevare che la *ratio* dei due istituti è profondamente diversa¹⁸³. Se all'art. 1349 c.c. è delineato un meccanismo per determinare la prestazione oggetto del contratto¹⁸⁴ che dovrebbe assicurare l'imparzialità dell'arbitratore¹⁸⁵, lo *ius variandi*

¹⁸² Ad esempio in A. BARENGHI, *Determinabilità*, cit., pp. 202 ss., si enfatizza come, sia in caso di arbitraggio di parte, sia in caso di potere unilaterale di modifica del contratto, ci si confronti con forme unilaterali di individuazione degli elementi del vincolo contrattuale.

¹⁸³ Ravvisa un'incompatibilità ontologica tra i due istituti A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 71, il quale afferma che mentre la determinazione del terzo segue la logica della *doverosità integrativa*, lo *ius variandi* si ispira alla logica della *potestatività esecutiva*. In termini analoghi si esprimono anche: G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 169; G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale e bancogiro*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, pp. 94 ss.

¹⁸⁴ Si ricorda infatti che alla tesi che ravvisa nell'istituto di cui all'art. 1349 c.c. un meccanismo di determinazione dell'oggetto di contratto già perfezionato, si è contrapposta quella che ha ritenuto che

è per sua natura, al momento dell'esercizio, espressione della soggettività. Inoltre, si è pure rilevato che l'intervento giudiziale sostitutivo di cui all'art. 1349 c.c. in tanto si giustifica poiché il contratto è in quella fattispecie incompleto¹⁸⁶, mentre, quando si discorre di potere di modifica unilaterale, il contratto è completo e non vi è necessità di analogo intervento¹⁸⁷.

Più pertinente pare, dunque, un raffronto con l'arbitraggio di parte.

L'istituto dell'arbitraggio di parte era conosciuto dal diritto romano. Di sicuro era previsto dal diritto giustiniano, trovando un espresso riconoscimento nei *Digesta*; più dubbio, invece, è il suo riconoscimento da parte del diritto romano del periodo

l'art. 1349 c.c. delinea un meccanismo di formazione del contratto. Ricorda infatti F. CRISCUOLO, Voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, pp. 60 ss., p. 61: «[...] o si perviene all'avviso che l'arbitraggio è un istituto che attiene al procedimento di formazione del negozio - che, cioè, come afferma la Corte di cassazione, tra non poche perplessità, l'intervento del terzo avviene in una fase nella quale il vincolo non c'è ancora, e nel quale un problema di completezza e di efficacia dell'atto non si pone - ovvero ci si convince che l'istituto nasce come strumento di determinazione di quanto confluisce in un elemento - il solo del quale, in caso di indeterminatezza, il sistema postula, per l'esistenza del negozio, la possibile futura determinazione (anche *per relationem*): l'oggetto -; e che, pertanto, le parti che decidono di rimettere all'arbitratore il potere di completare il negozio sono già legate da un vincolo in essere e valido dal quale si generano situazioni definite.». In giurisprudenza la problematica è affrontata in Cass. 27 luglio 1957, n. 3167, in *Giust. civ.*, 1957, pp. 2097 ss.

¹⁸⁵ Infatti, per determinare il contenuto dell'equo apprezzamento che deve orientare l'arbitratore, è opinione prevalente che ci si debba riferire al consueto modello del buon padre di famiglia e, quindi, alla valutazione di tutte le circostanze di specie note o conoscibili secondo la comune diligenza. Inoltre, l'equo apprezzamento implica anche un giudizio che tenga conto sia del programma negoziale delle parti, sia delle condizioni dell'affare.

¹⁸⁶ Da cui la preoccupazione del Legislatore di prevedere un meccanismo che comunque possa portare a completare il contratto. Come osserva F. CRISCUOLO, Voce *Arbitraggio*, cit. p. 68: «[...] nel caso della rimessione all'equo apprezzamento, la certezza dell'effetto è assicurata, al comma 1 dell'art. 1349 c.c., da un efficace surrogato, e cioè dalla possibilità concessa alle parti nella fase attuativa di ricorrere al giudice perché questi sostituisca, con una propria attività integrativa del contratto, la *relatio* (la norma si riferisce a quella specifica *relatio* che è rappresentata dall'arbitraggio equitativo) mancante. Non a caso - lo si ribadisce - la mancanza della determinazione nell'ipotesi di rimessione all'equo apprezzamento non inficia la completezza della fattispecie, mentre nell'ipotesi di rimessione al mero arbitrio importa la nullità del contratto carente di un suo elemento essenziale.»

¹⁸⁷ S. PAGLIANTINI, Voce *Modificazione*, cit., p. 495: «[...] se nell'arbitraggio la determinazione è un obbligo (per il soggetto cui è rimessa) e un atto necessario (per integrare un contratto lacunoso), non si può certo sostenere lo stesso per il *ius variandi*: riguardo al quale, a ben riflettere, poco convincente suona pure l'abituale notazione che lo vuole strumento idoneo a neutralizzare le sopravvenienze produttive di un'irreversibile inefficienza del regolamento contrattuale. L'equivoco pare di nuovo annidarsi sulla circostanza che il giustificato motivo costituisce soltanto un presupposto di azionabilità del *ius variandi*, il suo prodursi non implicando affatto un adeguamento automatico del contratto. Il che però ha come risultato che, essendo la modifica rimessa alla discrezionale determinazione potestativa della parte, finché questa non è proposta od effettuata, sarà pur sempre il contratto, nel suo contenuto originario, a produrre effetti.»

classico. Di conseguenza, le codificazioni italiane, sia quella del 1865, sia quella del 1942, le quali non lo contemplano, si pongono in rottura con la tradizione romanistica¹⁸⁸.

Nell'ordinamento italiano è controverso se la determinazione del contenuto del contratto, anziché ad un terzo, possa essere affidata ad una delle parti¹⁸⁹. Ciò può spiegarsi per la circostanza che la legge, a differenza di quanto poteva lasciare intendere il precedente codice civile¹⁹⁰, prevede soltanto che la possibilità di determinare il contenuto del contratto sia affidata ad un terzo nei termini di cui all'art. 1349 c.c. Tale norma, secondo molti autori, sarebbe da interpretarsi come un eccezionale criterio di determinabilità dell'oggetto del contratto, pertanto non applicabile in via analogica sino ad ammettere l'arbitraggio di parte.

¹⁸⁸ Si tende infatti ad escludere che si possa ravvisare un fenomeno equivalente all'arbitraggio di parte nella fattispecie contemplata all'art. 1474 c.c., ai sensi del quale, in un contratto di compravendita, se le parti non hanno determinato il prezzo dell'oggetto che il venditore vende abitualmente, né hanno convenuto il modo di determinarlo e né esso è stabilito per atto della pubblica autorità, si presume che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore. Risulta infatti evidente che nel caso di specie, più che di arbitraggio del venditore, si è innanzi ad una *relatio* formale al prezzo di mercato, non potendosi dunque ritenere che in tale fattispecie si dimandi la determinazione del prezzo ad uno dei contraenti. La norma, in definitiva, contiene disposizioni volte ad integrare la lacuna della manifestazione di volontà in ordine al prezzo.

¹⁸⁹ Per una panoramica si veda C.M. BIANCA *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, pp. 337-338. Contrario all'ammissibilità è G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967, p. 54. A favore, invece, G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, pp. 77 ss. Sul tema di queste pagine si veda pure E. GABRIELLI, *Contratto completo a clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 192 ss. In giurisprudenza vedasi Cass. 19 marzo 2007, n. 6519, in *Foro it.*, 2007, cc. 1699 ss., che, in relazione ad un contratto di appalto in cui l'individuazione delle prestazioni dell'appaltatore era rimessa a successivi ordini di servizio dell'appaltante, ha ritenuto che la determinabilità dell'oggetto del contratto in tanto sussiste in quanto l'oggetto medesimo possa essere in concreto determinato con riferimento ad elementi prestabiliti dalle parti ed aventi una preordinata rilevanza obiettiva, mentre non è sufficiente il riferimento ad elementi concernenti la fase di esecuzione del contratto, come il comportamento successivo delle parti. Si veda pure Cass. 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Obbl. contr.*, 2009, pp. 123 ss., su cui si ritornerà *infra*.

¹⁹⁰ Vedasi ad esempio, in ambito successorio, l'art. 835 del codice civile del 1865, il quale sanciva la nullità della disposizione testamentaria «che lascia interamente all'arbitrio dell'erede o di un terzo di determinare la quantità del legato, eccettuati i legati fatti a titolo di remunerazione per servizi prestati al testatore, nell'ultima sua malattia». Tale disposizione, se letta *a contrario*, lasciava aperti alcuni spazi all'arbitraggio di parte, seppur da un punto di vista formale non si poteva qualificare come *parte* l'erede. In ambito societario, invece, l'art. 1718 del vecchio codice era più esplicito, prevedendo che «[s]e i soci hanno convenuto di rimettersi al giudizio *di uno di essi* o di un terzo per determinare le porzioni, la determinazione che sarà data non può impugnarsi che nel caso in cui sia evidentemente contraria all'equità».

Da questo punto di vista sembrerebbe netta la scelta dell'ordinamento italiano – ma anche quello spagnolo con l'art. 1256 del codice civile¹⁹¹ – se paragonata alla chiara presa di posizione da parte di altri sistemi¹⁹², si pensi alle scelte compiute dal Legislatore tedesco¹⁹³ con il § 315 BGB¹⁹⁴.

Questa chiusura non è priva fondamento. È evidente, infatti, che alla base vi sia il timore di lasciare una parte in balia di determinazioni incontrollate dell'altra, frustrando quei principi di correttezza e solidarietà che dovrebbero caratterizzare i rapporti tra privati.

Tuttavia, anche i più rigidi, arrivano poi ad ammettere che l'autonomia privata possa attribuire ad uno dei contraenti un potere di determinazione successiva del contenuto del contratto, cd. *arbitraggio di parte*, ma a condizione che si ricostruiscano dei limiti ad un tale potere. In particolare, si invoca il principio della buona fede: l'arbitraggio di parte sarà lecito purché non si arrivi ad un'alterazione della posizione della controparte e purché questa determinazione non sia altro che una precisazione del contenuto di una prestazione già individuata o una variazione necessitata da esigenze obiettive.

Questa conclusione pare corroborata da quanto può evincersi dall'art. 1349 c.c., norma che rivela la diffidenza del Legislatore italiano – a differenza di quello tedesco¹⁹⁵ – nei confronti dell'*arbitrium merum*, i.e. la possibilità che un terzo decida un elemento del contratto in base ad un suo criterio individuale; ciò ha condotto

¹⁹¹ L'art. 1256 del codice civile spagnolo, in antitesi con la codificazione tedesca, chiude in radice ogni problema sull'ammissibilità di un arbitraggio di parte: «[l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.».

¹⁹² Oltre a quelle menzionate nel testo, anche le legislazioni portoghese e greca ammettono l'arbitraggio di parte. Per quanto riguarda gli ordinamenti di *common law*, si segnala che l'evoluzione del diritto inglese ha portato al riconoscimento dell'istituto almeno per i contratti di durata, nonostante in un primo momento esso venisse osteggiato e visto come una contraddizione rispetto al divieto di condizioni meramente potestative. In proposito si rinvia allo scritto di T. CAPURRO, *Lo jus variandi nel diritto contrattuale inglese: un modello per il giudice italiano*, in *Contr. impr. Eur.*, 2009, pp. 884 ss.

¹⁹³ Per un approfondimento sul tema si rinvia a M.C. DALBOSCO, *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 321 ss.

¹⁹⁴ Il § 315 BGB prevede: «(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. (2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. (3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.».

¹⁹⁵ Vedi il § 315 BGB già sopra riportato in nota.

molti a ritenere che il contratto in cui la determinazione dell'oggetto sia rimessa al mero arbitrio di un terzo andrebbe classificato come un *contratto incompleto* e, quindi, nullo per mancanza di determinatezza o determinabilità del suo oggetto.

Le ragioni per cui si è scelto di lasciare un ridotto margine di operatività all'*arbitrium merum* nel caso di arbitraggio del terzo, preferendosi piuttosto l'*arbitrium boni viri*¹⁹⁶ – che, per la verità, è nozione non meno problematica per l'operatore del diritto¹⁹⁷ –, sono le stesse che possono giustificare la scelta di ricavare dei limiti all'ammissibilità dell'arbitraggio di parte: la diffidenza verso un potere che potrebbe essere esercitato anche in maniera non seria e che quindi mai potrebbe quindi essere vincolante; l'assenza di causa che connoterebbe quei contenuti contrattuali totalmente arbitrari; la necessità di assicurare comunque un equilibrio, anche nei rapporti tra soggetti dotati di pari forza contrattuale¹⁹⁸.

Tuttavia, mentre nel caso di arbitraggio del terzo vi è un espresso riconoscimento di un margine di operatività per l'*arbitrium merum*, consentendosi alle parti di eleggerlo a parametro per la determinazione del terzo arbitratore, la dottrina tende a escludere in maniera assoluta che esso possa operare nel caso di arbitraggio della parte¹⁹⁹.

Ciò premesso, ai fini del presente lavoro può tornare utile un accostamento tra i due istituti dello *ius variandi* e dell'arbitraggio di parte, dal momento che in ambo i

¹⁹⁶ F. CRISCUOLO, Voce *Arbitraggio*, cit. p. 68: «[n]on è dubbio che la formulazione dell'art. 1349 c.c. esprima, con grande chiarezza, il *favor* del legislatore nei riguardi della determinazione rimessa al terzo secondo i criteri dell'equo apprezzamento. Al punto che da tale formulazione consegue necessariamente che, nel silenzio delle parti in ordine alle modalità della determinazione del terzo, deve trarsi che esse abbiano rinviato al di lui equo apprezzamento. La determinazione secondo equità è divenuta così - anche per retaggio storico - la specie più rilevante di arbitraggio, contrassegnata da quella particolare disciplina relativa alla certezza degli effetti che ci ha consentito di inquadrarla nella più generale categoria del negozio *per relationem*.».

¹⁹⁷ Non è infatti chiaro quali siano i caratteri dell'*arbitrium boni viri*. Per una panoramica delle varie concezioni sviluppatesi nel tempo vedasi F. GALGANO, *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. impr.*, 1991, pp. 461 ss.

¹⁹⁸ Tuttavia, anche volgendo lo sguardo un po' più in oltre rispetto all'istituto dell'arbitraggio si possono ricavare chiari indici per affermare la necessità della fissazione di limiti all'arbitraggio di parte. Pare pertinente in proposito il richiamo dell'art. 1355 c.c. relativo alla condizione meramente potestativa, la quale è nulla proprio perché non si può lasciare un contraente in balia delle determinazioni dell'altro.

¹⁹⁹ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., pp. 70-71.

casi si realizza un intervento unilaterale sull'accordo²⁰⁰, indice, quindi, del fatto che l'ordinamento non considera poi così *strana* una simile evenienza.

L'accostamento pare ancora più opportuno²⁰¹ se si osserva che in entrambi i casi la possibilità di incidere sul contratto non è assoluta. Se regola aurea nell'esercizio dello *ius variandi* è la buona fede, la determinazione dell'arbitratore – di regola, se sia questi un terzo, oppure necessariamente, se sia una parte stessa del contratto –, dovrà dipendere dal suo *arbitrium boni viri*. Se, allora, in prima battuta si era esclusa la rilevanza ai fini della presente indagine dell'art. 1349 c.c., visto soltanto quale norma che disciplina l'arbitraggio del terzo, dall'altra si può affermare che esso rilevi quale espressione di un principio generale e cioè quello dell'inammissibilità della determinazione totalmente arbitraria.

Resta ben inteso che i due istituti operano in concreto in modo molto diverso: laddove ci sia rimessi all'arbitraggio di parte il contenuto del contratto non è determinato sin dal momento del perfezionamento del contratto, ma è soltanto determinabile, e a tal fine si spiega il conferimento di questo potere ad uno dei contraenti; nel caso, invece, del potere di modifica unilaterale del contratto, il contenuto del contratto è determinato *in toto* già al momento della conclusione, ma è suscettibile di modificazione attraverso l'atto di esercizio dello *ius variandi*.

Da ciò discende anche l'altra importante differenza: un contratto ove sia previsto un potere di arbitraggio di una parte non potrà ricevere esecuzione senza che tale potere sia stato esercitato; invece, un contratto che contempra lo *ius variandi* potrà essere attuato anche in assenza di un suo atto di esercizio. D'altronde è questa la ragione per cui il Legislatore all'art. 1349 c.c., nel disciplinare l'arbitraggio del terzo, ha posto la regola che la determinazione del contenuto mancante sia fatta dal

²⁰⁰ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 6.

²⁰¹ Non ha dubbi in proposito A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 161, per la quale «[s]e [...] si accede all'idea "per cui, ai fini della ricorrenza del requisito della determinabilità, è sufficiente che le parti indichino le modalità attraverso le quali il contratto sarà successivamente determinato", e si ammette che, tra queste modalità, possano includersi il rinvio ad un successivo accordo e la previsione di una determinazione di parte, *a fortiori* non potrà revocarsi in dubbio che il requisito in parola debba intendersi soddisfatto anche con riguardo alla clausola che stabilisce la rideterminazione uni o bilaterale necessitata da sopravvenienze.».

giudice²⁰² non soltanto quando essa sia manifestamente erronea o iniqua, ma anche qualora essa manchi del tutto²⁰³.

In conclusione tramite il raffronto con l'arbitraggio di parte pare lecito pervenire ad alcune conclusioni di sistema, che possono tornar utili nella ricostruzione del tema dell'ammissibilità dello *ius variandi* pattizio atipico. Sembra potersi affermare come non sia sconosciuto all'ordinamento la possibilità che una sola parte vada ad incidere sul contenuto del rapporto contrattuale, ma questo intervento non potrebbe mai essere frutto dell'arbitrio, piuttosto dovendo sempre contenersi nei limiti di quei principi volti a salvaguardare la sfera giuridica della controparte, su tutti quello della buona fede. Tale conclusione – sia consentito anticiparlo – è a sua volta premessa di quello che sarà il profilo indagato nel terzo capitolo del presente lavoro. Consente già di comprendere che rispetto al potere di modifica unilaterale il profilo dinamico è più importante di quello attributivo, visto che è centrale apprestare un sistema di controllo del suo esercizio.

4. *Ius variandi* e determinabilità dell'oggetto contrattuale

Le considerazioni svolte in precedenza in ordine ai rapporti tra potere di modifica unilaterale del contratto e arbitraggio di parte vanno vagliate alla luce di un principio cardine del diritto dei contratti: quello della necessaria determinabilità dell'oggetto del contratto. Tale principio svolge una molteplicità di funzioni: innanzitutto risponde al bisogno di certezza di cui è portatore qualsiasi contraente²⁰⁴; inoltre è

²⁰² G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 169: «[...] la determinazione del giudice si comprende allorché essa interviene su un oggetto mancante; non si spiega, invece, con riferimento alla variazione del rapporto contrattuale, in cui non vi è alcuna necessità di modificare un contratto, che risulta essere già formato.».

²⁰³ In tema si vedano due fondamentali contributi: V. ROPPO, *Sugli usi giudiziari della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità" dell'oggetto del contratto e su una recente applicazione a tutela dei contraenti deboli*, in *Giur. it.*, 1979, pp. 147 ss.; G. ALPA, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1977, pp. 698 ss.

²⁰⁴ F. CRISCUOLO, *Voce Arbitraggio*, cit., p. 66: «[...] la circostanza che la norma relativa all'oggetto quale elemento essenziale alla validità del contratto equipari - nella logica della strutturale perfezione della fattispecie (art. 1325 c.c.) - determinazione attuale e determinabilità (futura determinazione) può essere spiegata unicamente in vista della certezza giuridica del rapporto scaturente dall'atto con oggetto determinabile.».

indispensabile per rendere concreto un eventuale effetto traslativo²⁰⁵; è punto di riferimento per poter valutare la volontà di assunzione di un vincolo e, quindi, distinguere le manifestazioni serie da quelle non impegnative; senza contare poi che è pure parametro per valutare entro che margini possa eventualmente discorrersi di inadempimento.

La messa in relazione del potere di modifica unilaterale del contratto con la determinabilità dell'oggetto pare più che opportuna innanzitutto perché quella flessibilità di cui è sempre più avvertito il bisogno nelle relazioni contrattuali e che è alla base dell'istituto dello *ius variandi*, potrebbe apparire in contraddizione con il requisito della determinabilità dell'oggetto. Non è un caso che quelle poche pronunce²⁰⁶, soprattutto di merito²⁰⁷, che si sono occupate della materia oggetto del

²⁰⁵ Anche se – seppur non pacificamente tra gli studiosi, come rileva F. CRISCUOLO, Voce *Arbitraggio*, cit., p. 66 – è alla volontà delle parti che vanno ricondotti gli effetti del contratto e non al successivo atto determinativo: «[...] la determinazione futura (nel nostro caso in forza di una *relatio*, sia essa formale che sostanziale) non tocca quel nucleo essenziale di elementi che, inderogabilmente presenti in ogni atto, ci consente di ritenerlo, sia pure relativamente, completo; dunque, nessuna incidenza essa può avere sulla provocazione dell'effetto, che comunque deve esser fatto risalire all'atto di autonomia, la struttura del quale non può che dirsi completa e l'atto stesso valido.»

²⁰⁶ Emblematica da questo punto di vista pare la sentenza Cass. 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Obb. contr.*, 2009, pp. 123 ss., con nota di M. FARNETI, *Convinzioni (incrollabili?) della Cassazione in materia di clausole sul ius variandi*: «[a] meno che le parti non si siano rimesse all'arbitrio di un terzo (art. 1349 c.c.), il requisito della determinatezza o determinabilità dell'oggetto della obbligazione esprime, infatti, una fondamentale esigenza di concretezza dell'atto contrattuale, ed, in altri termini, una esigenza che le parti siano in grado di sapere quale è l'impegno che assumono o quali sono i criteri per la sua concreta individuazione, che viene pregiudicato dalla possibilità che la misura della prestazione sia discrezionalmente determinata, sia pure in presenza di precise condizioni legittimanti, da una soltanto delle parti (in termini sent. 12.4.2002 n. 5281; sent. 28.1.1975 n. 339). Conseguentemente, accertata la validità della clausola dell'art. 4, dei contratti di utenza, nella parte in cui consente al Consorzio di modificare unilateralmente, nel corso del rapporto, ed indipendentemente dalle scadenze periodiche eventualmente previste, i canoni dovuti in presenza di variazioni, più o meno generiche, dei costi e del bilancio economico della attività, la Corte territoriale non avrebbe potuto per ciò solo riconoscere la validità e la concreta applicabilità della clausola medesima senza verificare se essa non fosse integrata da eventuali altre clausole sui criteri di determinazione della misura dei canoni.»

²⁰⁷ Si segnalano: Trib. Palermo, Sez. Bagheria, 26 marzo 2010, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 2077 ss., con nota di M. GORGONI, *Il ventaglio delle opzioni a protezione del correntista che subisce l'esercizio dello ius variandi riservato alla banca*, pp. 2102 ss., che ha ritenuto nulla per indeterminabilità dell'oggetto la clausola di un contratto di conto corrente che riservava alla banca l'esercizio dello *ius variandi* in senso sfavorevole al cliente in assenza di criteri di sufficiente, oggettiva e certa determinabilità delle condizioni applicate; Trib. Pescara, 23 marzo 2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, pp. 223 ss., con nota di T. CAPURRO, *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, pp. 229 ss., così massimata: «[è] nulla per contrasto con il requisito di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto ex art. 1346 c.c. la clausola di un contratto di apertura di credito che

presente scritto finiscano per esaminare il caso particolare alla luce dei requisiti dell'oggetto del contratto e, in particolare, di quello della determinabilità.

Inoltre, l'operazione volta a trovare un'argomentazione a sostegno dello *ius variandi* pattizio atipico nell'arbitraggio di parte – legittima in quanto ormai si tratta di un istituto quasi pacificamente ammesso – espone il potere di modifica unilaterale del contratto alle stesse obiezioni che interessano l'arbitraggio di parte e, tra tutte, a quella che fa leva sulla dubbia compatibilità tra il riconoscimento di un siffatto potere ed il carattere almeno determinabile dell'oggetto del contratto. A prescindere, infatti, da come si intenda la determinabilità, su cui pagine e pagine sono state scritte, è evidente che essa esprima un requisito minimo ed indispensabile di sufficienza del contenuto del contratto²⁰⁸ sin dal tempo del suo perfezionamento²⁰⁹.

Si tratta allora innanzitutto di comprendere cosa sia la determinabilità dell'oggetto. Per fare ciò non si può non ricordare che pure su questa nozione molto ha inciso l'evoluzione sulla categoria di oggetto di contratto. L'elaborazione di

autorizza la banca a modificare in modo unilaterale e discrezionale, mediante la variazione del *prime rate*, il tasso di interesse, essendo quest'ultimo convenzionalmente raggugliato al primo».

²⁰⁸ E. GABRIELLI, Sub. Art. 1346, in E. NAVARRETTA – A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale (artt. 1321-1349 c.c.)*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2011, pp. 707 ss., p. 755. Con riguardo al rapporto tra determinabilità e art.1349 c.c., vedasi anche le riflessioni contenute in F. CRISCUOLO, *Voce Arbitraggio*, cit., p. 68: «[...] deve essere respinta anche la tesi secondo cui il terzo può determinare pure elementi del negozio in ordine ai quali la legge, ai fini dell'esistenza del vincolo, non ammette la futura determinabilità, ma esige l'attuale definizione. In altri termini, il nucleo normativo essenziale del negozio, la «minima unità effettuale» devono esistere ed essere desumibili indipendentemente dalla *relatio*. A quest'ultima potrà essere affidato, secondo le modalità sin qui descritte, il compito di puntualizzare e precisare un profilo oggettuale del regolamento, senza che ciò incida sull'esistenza dell'atto di autonomia che è tale solo in quanto riferibile immediatamente ai soggetti che lo hanno posto in essere.».

²⁰⁹ Nonostante in qualche occasione la giurisprudenza abbia affermato diversamente, a prescindere da come si ricostruisca il concetto di determinabilità dell'oggetto del contratto, non si dubita che tale carattere debba ricorrere sin dal momento del perfezionamento del negozio, non potendo sopravvenire al tempo della sua esecuzione. In proposito si leggano le chiare parole di F. BRIGNOLA, *Sulla determinatezza o determinabilità del prezzo nella compravendita*, in *Giust. civ.*, 1961, pp. 231 ss., il quale afferma che l'esigenza di determinabilità «[...] non si può identificare con la mera esigenza che debba esistere un momento nel futuro nel quale esso risulterà determinato, perché la determinabilità deve essere un requisito attuale con riferimento alla conclusione del negozio». In giurisprudenza si veda Cass. 24 gennaio 1979, n. 543, in *Rep. Foro. it.*, voce *Contratto in genere*, n. 129: «[I]a determinabilità dell'oggetto del contratto in tanto sussiste in quanto l'oggetto medesimo possa essere in concreto determinato con riferimento ad elementi prestabiliti dalle parti ed aventi una preordinata rilevanza obiettiva, mentre non è sufficiente il riferimento ad elementi concernenti la fase di esecuzione del contratto, come il comportamento successivo delle parti; comportamento che, con riguardo ai trasferimenti immobiliari, porrebbe, se valutabile, sostanzialmente nel nulla la prescrizione dell'atto scritto *ad substantiam*.».

quest'ultima, infatti, non è stata per nulla scontata, susseguendosi, anche a causa di dati normativi che non brillano per chiarezza²¹⁰, una tale varietà di ricostruzioni²¹¹, al punto che non è mancato qualche autorevole studioso che si è spinto a parlare di una sua vera e propria inutilità²¹². Alla luce di ciò si spiega la disaffezione della dottrina contemporanea verso di essa. La travagliata storia dell'oggetto del contratto si è dunque inevitabilmente riflettuta anche sul suo carattere della determinabilità.

²¹⁰ È noto, infatti, come le norme codicistiche facciano a volte riferimento all'oggetto bene (artt. 1325 e 1429 n. 1 c.c.), in altri casi all'oggetto-prestazione (v. art. 1349 c.c.), altre volte all'oggetto contenuto (v. art. 1369 c.c.), oppure ancora all'oggetto-funzione (v. art. 1470 c.c.). Dunque, se da una parte parrebbe che il codice civile abbia abbandonato l'identificazione tra oggetto e bene, preferendo quella tra oggetto e prestazione, sopravvivono delle norme che richiamano l'idea di oggetto-bene. Sul punto E. GABRIELLI, *Sub. Art. 1346*, cit., pp. 707-708 ed in particolare l'efficace sintesi a p. 708: «[I]a pluralità di significati riconducibili alla nozione ha indotto gli interpreti a enucleare nell'interpretazione della legge una definizione di "oggetto del contratto" che fosse in grado di restringere in una nozione generale ed astratta il concetto che essa rappresenta, ma sia la mancanza di un rigoroso ed uniforme linguaggio legislativo, sia le "ambiguità terminologiche ed ermeneutiche" che da sempre circondano la nozione, hanno tuttavia prodotto il diverso risultato di attribuire alla nozione un'ampia varietà di significati».

²¹¹ Sinteticamente si può dire che si è passati da una concezione strettamente materialistica, che identificava l'oggetto con la cosa materiale dedotta nel rapporto, ad una più astratta, sì da poter ben individuare l'oggetto anche in quei contratti che riguardino diritti che non attengono a cose materiali, come, per esempio, un credito. Tuttavia, in un tempo ancora successivo l'oggetto viene a identificarsi con la prestazione, in considerazione del rilievo che spesso ha l'attività cui è tenuto uno dei contraenti, si pensi al contratto di lavoro subordinato. Oggi, invece, pare prevalere l'idea di oggetto come contenuto: «[n]el suo primario significato l'oggetto è appunto il contenuto sostanziale del contratto, indicando ciò che le parti hanno stabilito o programmato», così si legge in C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 320. Non è un caso, dunque, che il celebre studioso, nel suo manuale dedicato al contratto, dedichi un intero capitolo non tanto all'oggetto, quando al contenuto del contratto, pur riconoscendo che questa impostazione non è esente da critiche. Sul tema si rinvia a E. GABRIELLI, *Sub. Art. 1346*, cit., p. 724: «[n]ella storia dell'oggetto del contratto sembra dunque assistersi (anche in ragione del passaggio dall'idea di oggetto del contratto, inteso come bene, a quella di termine esterno alla sua struttura, inteso come prestazione) ad un progressivo processo di "dematerializzazione concettuale" della nozione, così che, nella sua più recente considerazione normativa, se ne va sempre più valorizzando – attraverso una disciplina del contenuto del contratto – il profilo rappresentativo e descrittivo. Nella nuova legislazione contrattuale, in particolare in quella di derivazione comunitaria, ove è più evidente il momento di protezione dell'asimmetria di potere contrattuale, la disciplina dell'oggetto, del contenuto, costituisce infatti strumento di tutela di una parte reputata "debole" dal legislatore, nella misura in cui si impone ai contraenti di "descrivere" non solo le prestazioni oggetto del contratto, ma anche talvolta le loro modalità [...]»; E. GABRIELLI, *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 345 ss.; N. IRTI, *Voce Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 799 ss.

²¹² G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law). Saggio di critica mediante il metodo comparativo*, in *Jus*, 1953, pp. 289 ss.; G. ALPA, *Indeterminabilità*, cit., pp. 698 ss. Non arriva a discorrere di inutilità della categoria, ma la definisce *equivoca* V. ROPPO, *Sugli usi giudiziali*, cit., pp. 147 ss.

Tradizionalmente la determinabilità dell'oggetto del contratto era intesa in senso procedimentale e, quindi, estremamente riduttivo, al fine di assicurare ai contraenti, ma soprattutto a quello più debole, la conoscibilità dell'assetto di interessi attraverso una precisa sequela di atti. Una tale concezione della determinabilità ben si sposava con una visione meramente materialistica dell'oggetto del contratto, allora predominante. L'oggetto determinabile, anche secondo una giurisprudenza per la verità troppo incline a ripetere enunciati tralatizi, era soltanto quello che poteva essere individuato attraverso un meccanismo prefissato, che consentisse il calcolo delle quantità o la specificazione delle qualità in relazione a elementi precisi ed obiettivi²¹³. Secondo questa ricostruzione, la determinabilità andava di pari passo con la *relatio formale*: per assicurare la patente di validità al contratto sarebbe stato sufficiente il mero rinvio a un meccanismo obiettivo di individuazione dell'oggetto, che non fosse in grado di alterare l'apporto volitivo delle parti consacratosi nell'accordo, come invece accade quando la *relatio* è *sostanziale*.

Risulta evidente che, aderendo a tale teoria e sposandola rigidamente, oltre a non potersi ricavare degli spazi per uno *ius variandi* pattizio atipico e per l'arbitraggio di parte, non dovrebbe esservi nemmeno spazio per l'arbitraggio del terzo, che invece trova una disciplina nell'art. 1349 c.c. Per far quadrare il sistema dovrebbe allora pervenirsi alla conclusione che il rinvio alla determinazione del terzo di cui all'art.

²¹³ Si vedano: Cass. 25 febbraio 1987, n. 2007, in *Mass. Giur. it.*, 1987: «[c]on riguardo all'individuazione dell'oggetto del contratto, la sua determinabilità, con riferimento ad elementi prestabiliti dalle parti, presuppone che vi sia stato un accordo circa la futura determinazione dell'oggetto stesso e circa le modalità ed i criteri da osservarsi a questo fine, con la conseguenza che dallo stesso contratto vanno desunti, sia pure per implicito, gli elementi idonei alla identificazione del relativo oggetto.»; Cass. 2 giugno 1995, n. 6201, in *Mass. Giur. it.*, 1995: «[l]'oggetto del contratto per il quale è necessaria la forma scritta può considerarsi determinabile, benché non indicato specificamente, solo se sia con certezza individuabile in base agli elementi prestabiliti dalle parti nello stesso atto scritto, senza necessità di fare ricorso al comportamento successivo delle parti, dovendosi escludere la possibilità di applicazione per la determinazione dell'oggetto del contratto, della regola ermeneutica dell'art. 1362, comma 2 c.c., che consente di tener conto, nella ricerca della comune intenzione dei contraenti, del comportamento di questi successivo alla conclusione del contratto [...]»; Cass. 18 maggio 1966, n. 1282, in *Giust. civ. rep.*, 1966, *Vendita*, n. 95: «[i]l contratto di compravendita è nullo se il suo oggetto o il suo prezzo siano indeterminati e indeterminabili, non anche quando la determinazione di tali elementi sia possibile, tanto più se le parti abbiano ciò previsto ed abbiano anche stabilito il modo con cui pervenire alla determinazione degli elementi suddetti.»; Cass. 24 novembre 1977, n. 5113, in *Foro it.*, 1978, cc. 1256 ss.: «[è] nullo per indeterminabilità dell'oggetto, il contratto di vendita di una certa estensione di terreno, da distaccarsi a libera scelta del compratore, da un più vasto appezzamento, se il contratto non contiene l'individuazione dei lotti tra i quali si debba operare la scelta, o almeno i dati oggettivi che consentano di determinare tali lotti.».

1349 c.c. costituisca una deroga al principio generale espresso dall'art. 1346 c.c. e, così argomentando, l'eccezionalità dell'art. 1349 c.c. osterebbe alla configurabilità dell'arbitraggio di parte e di figure analoghe quale lo *ius variandi* pattizio atipico, visto che in ambo i casi la remissione al giudizio della parte non assicura la determinabilità del rapporto²¹⁴.

Non si tratta di una ricostruzione priva di senso. Questa concezione della determinabilità dell'oggetto ben si è prestata a svolgere una funzione protettiva del contraente più debole ed è probabilmente questo il suo più grande merito. Si pensi, ad esempio, alle critiche formulate nei confronti della cd. *fideiussione omnibus*, anteriormente alla novella del 1992 con cui se ne è riconosciuta la validità a condizione della fissazione di un importo massimo garantito²¹⁵.

Nel momento in cui si è iniziata ad astrarre la nozione di oggetto del contratto, non vi è stata più la necessità di una riduzione del carattere della determinabilità a mera *determinabilità procedimentale*, aprendo così la strada all'integrazione mediante l'esplicazione di un'attività ulteriore di una o di ambo le parti o, ancora, di un terzo e, quindi, arrivandosi al pacifico riconoscimento della validità dell'arbitraggio del terzo²¹⁶. Questo istituto, infatti, aderendo a tale più recente teoria, non ha avuto più bisogno di essere ricostruito come eccezione rispetto al principio di determinabilità contenuto all'art. 1346 c.c., ma ne è stata riconosciuta la piena cittadinanza nell'ordinamento.

Tuttavia, a meno che non si voglia ignorare il problema, non si può far discendere da questa acquisizione, *sic et simpliciter*, anche il riconoscimento dell'arbitraggio di parte e dello *ius variandi* pattizio. Indicazioni in tal senso vengono dalla

²¹⁴ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., pp. 65 ss.

²¹⁵ Prima del 1992 la fideiussione a garanzia di obbligazioni future, condizionali, senza limiti di valore si poneva in netto contrasto con la determinabilità procedimentale. In tema, tra i tanti contributi, si veda quello di D. MARASCIULO, *La fideiussione omnibus nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1999.

²¹⁶ Così sintetizza A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., pp. 59-60: «[g]li orientamenti dottrinali [...] possono ricondursi a due distinti filoni, quello che considera determinabile il contratto indeterminato nel quale le parti stabiliscano semplicemente un sicuro mezzo di determinazione, senza fare riferimento a limiti o criteri di determinazione successiva se non quelli stabiliti nelle ipotesi di *relatio* previste nel c.c. (dall'art. 1349 c.c. e dalle altre speciali: 1474, 1561, 1657, 1709 c.c.), e l'altro più rigoroso, tendente a considerare la determinabilità come un requisito di carattere sostanziale, che implica anche l'esigenza di soddisfare una garanzia di conoscibilità dell'assetto contrattuale da parte del contraente.».

giurisprudenza, la quale sembra avvertire l'operatore del diritto che in questi casi è necessaria maggiore cautela, manifestando il timore di un abuso ad opera del contraente chiamato ad esercitare il potere di arbitraggio o di modifica unilaterale, il quale potrebbe essere tendenzialmente meno neutrale del terzo arbitratore. Ritorna, insomma, quell'esigenza di protezione che, come si è visto, è pure alla base della prima teoria su esposta.

Emblematica da questo punto di vista è una pronuncia della Corte di Cassazione del 1997, che ha dichiarato nulla per contrasto con il principio della necessaria determinabilità dell'oggetto del contratto una clausola di un contratto di agenzia che consentiva al proponente di modificare discrezionalmente, con il solo onere del preavviso, le tariffe provvigionali, elemento essenziale del contratto di agenzia, riconoscendo tuttavia il diritto di recesso all'agente in caso di mancata accettazione di tale modifica²¹⁷.

Tale sentenza merita una notazione particolare in quanto ha costituito un'occasione per compiere una ricognizione dei principi che regolano la materia in esame. In particolare si afferma «- che il contratto è nullo se l'oggetto (inteso, se non è unico, come uno degli oggetti principali) è indeterminabile (artt. 1346 e 1418, comma 2, cod. civ.); - che, se le parti si riservano di determinare l'oggetto in un secondo momento, il contratto si perfeziona solo con l'accordo determinativo; - che, se le parti si accordano per demandare ad un terzo la determinazione dell'oggetto con equo apprezzamento, questo deve considerarsi determinabile (se la determinazione del terzo manca o è manifestamente erronea o iniqua, essa è devoluta - art. 1349 cod. civ. - al giudice); - che, se le parti si rimettono al mero arbitrio del terzo, può discutersi dell'efficacia del contratto, e della stessa determinabilità dell'oggetto, prima della sua determinazione (l'art. 1349 si limita a stabilire che, se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo) ma non, ovviamente, della sua efficacia dopo la determinazione; - che non può escludersi l'affidamento della determinazione dell'oggetto all'equo apprezzamento di una delle parti poiché l'oggetto è in tal caso, attraverso il rinvio all'equo

²¹⁷ Cass. 8 novembre 1997, n. 11003, cit. Critico nei confronti di tale sentenza è S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità*, cit., pp. 2896-2897, il quale si dichiara sorpreso che la Cassazione abbia disposto la nullità di una clausola di modificazione unilaterale del contratto muovendo dal principio di indeterminabilità dell'oggetto.

apprezzamento, determinabile (cfr. Cass. n. 618/82); - *che deve invece escludersi* (v. Cass. n. 3529/82, 5113/77) *la possibilità di una determinazione rimessa al mero arbitrio di una delle parti: è ammessa quella effettuata dal terzo perché se ne presume, salva l'impugnazione per mala fede, la neutralità, la quale non può presumersi per la parte*; - che tale esclusione va circoscritta alle ipotesi di effettiva indeterminabilità dell'oggetto: nel contratto con il quale è convenuta una obbligazione alternativa l'oggetto non è certo indeterminabile (e la scelta spetta al debitore - v. art. 1286 cod. civ. - se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo)»²¹⁸.

Risulta dunque confermato quanto già emerso a conclusione del precedente paragrafo è cioè che l'ordinamento non considera assurdo un intervento sul rapporto ad opera di una sola parte, purché la determinazione di essa non sia totalmente arbitraria. Può dirsi quindi risolto affermativamente il problema dell'ammissibilità dello *ius variandi* pattizio atipico, dovendosi a questo punto mettere in luce le caratteristiche della clausola che lo prevede, sia da un punto di vista causale, che di strutturazione del potere quanto ai suoi effetti.

5. Perimetrazione del profilo causale della clausola attributiva dello *ius variandi* e diverso atteggiarsi degli interessi dei contraenti a seconda della tipologia contrattuale.

Una volta risolto in senso affermativo il problema dell'ammissibilità dello *ius variandi* pattizio dal punto di vista sistematico, si pongono una serie di interrogativi in ordine alla concreta configurazione della clausola del contratto che lo contempli.

Tra le varie questioni che potrebbero emergere si ritiene che una rilevanza particolare assuma quella attinente alla verifica del profilo causale della clausola che contempli tale diritto potestativo. Com'è evidente, infatti, il suo inserimento in un

²¹⁸ È da non trascurare che tale pronuncia affermi che andrebbe esclusa l'indeterminabilità e, quindi, la nullità, qualora il contratto prevedesse la facoltà per il proponente di scegliere tra più sistemi di provvigioni determinate, secondo uno schema riconducibile quindi all'obbligazione alternativa. In questo caso, infatti, l'agente è messo in condizione di rappresentarsi in anticipo le varie alternative che ha accettato al momento della conclusione del contratto.

contratto deve passare per il riscontro di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, così come richiesto dall'art. 1322 c.c.

La funzione dello *ius variandi* è essenzialmente quella di permettere una variazione del rapporto contrattuale. Sono infatti lontani i tempi in cui era convinzione dominante che la vita del contratto dovesse passare per la sequenza trattativa, formazione, conclusione, esecuzione. Più precisamente, la sua funzione è rendere possibile un adeguamento del contratto durante il corso del rapporto, andando così a soddisfare un'esigenza di flessibilità di cui sono portatrici le parti, la quale non pare potersi dubitare che costituisca un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento ex art. 1322 c.c.²¹⁹.

Da ciò può si può ricavare la collocazione del conseguente atto di esercizio dello *ius* tra i cd. *negozi regolamentari*, ossia quelli che, ai sensi dell'art. 1321 c.c., modificano la regolamentazione del rapporto contrattuale già sorto e, per questa ragione, sono definiti anche come *negozi di secondo grado*²²⁰.

Tuttavia, limitandosi a quanto riferito, come fanno gran parte delle trattazioni del tema, l'analisi del profilo causale della clausola attributiva dello *ius variandi* resterebbe parziale. Bisogna infatti tenere conto degli sviluppi più recenti della questione, di cui si è occupato soltanto qualche autore, tenendo anche in considerazione l'ormai nota evoluzione che ha interessato negli ultimi anni il concetto di causa del contratto.

Da parte della dottrina che più si è interessata della tematica si è acutamente rilevato che le clausole in esame non possono guadagnarsi una patente di validità per la sola circostanza che sono strumento per assicurare la flessibilità del rapporto contrattuale. Insomma, volendo semplificare, non sempre la flessibilità integrerebbe di per sé sola quella meritevolezza richiesta dall'art. 1322 c.c. Alla base di questa osservazione vi è il timore di un abuso nei confronti del contraente più debole, che, secondo questi autori, andrebbe già tutelato nella fase genetica del potere. Né, si è pure osservato, sarebbe corretto rinviare il problema al momento dinamico della

²¹⁹ G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 170-171.

²²⁰ E. BETTI, *Teoria*, cit., pp. 243-244.

clausola, ossia all'atto di esercizio dello *ius variandi*, quando, per tutelare la parte debole, può acquistare significato la clausola della buona fede²²¹.

Tale impostazione convince. Non pare infatti corretto metodologicamente – oltre ad apparire altamente inopportuno –, rinunciare a *bloccare ab origine* la clausola che non sia rispettosa in concreto del canone della meritevolezza. Nella maggior parte dei casi scegliere di intervenire soltanto al momento dell'esercizio del diritto potestativo previsto dalla clausola significherebbe pregiudicare il contraente che subisce la modifica, al quale è come se l'ordinamento stesse dicendo che non può prevenire la lesione della sua sfera giuridica, potendo invece intervenire soltanto a violazione già consumata.

Appare dunque necessario compiere *ab origine* una valutazione di meritevolezza della clausola, che andrà condotta tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto. Quanto ai criteri da impiegare in tale valutazione, coloro che sottolineano la necessità di indagare caso per caso la meritevolezza della clausola attributiva dello *ius variandi* individuano il metodo per fare ciò nel raffronto tra la funzione della pattuizione e le norme che regolano casi simili o materie analoghe o, in mancanza, facendo riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico²²². In particolare, per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, si è pure tentato di ricostruire un principio di ordine pubblico economico da applicare al caso di specie²²³.

Alla luce di quanto sopra esposto, pur nella consapevolezza che il sindacato sulla causa della pattuizione che contempla il potere unilaterale di modifica del contratto vada compiuto in relazione al caso concreto, si ritiene possibile fornire delle linee

²²¹ G. IORIO, *Le clause*, cit., pp. 171-172.

²²² G. IORIO, *Le clause*, cit., p. 174, il quale giustifica tale *modus operandi* anche alla luce della giurisprudenza di legittimità, che è giunta negli anni ad affermare la meritevolezza di istituti non codificati, quali *leasing* e *contratto autonomo di garanzia*, proprio indagandoli in raffronto con fattispecie analoghe.

²²³ È noto che l'idea di un ordine pubblico economico sia da ricondurre agli studi della dottrina francese, la quale negli anni Trenta e Quaranta ha indagato gli aspetti giuridici del capitalismo. Si pensò allora di estendere il concetto strettamente pubblicistico di ordine pubblico anche all'area privatistica. Vedasi in particolare: G. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etude Gény*, II, Parigi, 1934; ID., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Parigi, 1946; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963.

generali da seguire in base a quelli che sono gli interessi dei contraenti nelle varie tipologie contrattuali²²⁴.

Innanzitutto deve di certo escludersi la possibilità di attribuire un potere di modifica unilaterale del contratto qualora esso si configuri come contratto *ad esecuzione istantanea*, quale è normalmente una compravendita²²⁵. Infatti, la clausola che lo contempra in tale tipologia contrattuale sarebbe priva di utilità per chi si veda da essa riconosciuto lo *ius variandi*.

La principale ragione addotta a sostegno di questa affermazione è che lo *ius variandi* è un potere derivato, cioè estrinsecantesi su un rapporto ancora in essere sul piano effettuale. Orbene, il rapporto che deriva da un contratto ad esecuzione istantanea è destinato, quanto agli effetti, ad esaurirsi subito per la contestualità tra conclusione ed esecuzione. Proprio per questa ragione non potrebbe mai riconoscersi come meritevole un interesse delle parti alla modificazione unilaterale e, quindi, ad esempio, pattuirsi in un *normale* contratto di compravendita uno *ius variandi* riferito al suo oggetto.

Tuttavia, come noto, esistono fattispecie nelle quali l'effetto traslativo è differito ad un momento successivo rispetto a quello del perfezionamento del vincolo. Per questi casi ritorna a porsi il problema dell'ammissibilità di uno *ius variandi* pattizio atipico. Spesso, infatti, non è possibile determinare il prezzo con precisione già al momento della conclusione del contratto²²⁶. Nella prassi si inseriscono delle clausole che prevedono una determinazione successiva del corrispettivo come la *clausola prezzo in vigore al momento della consegna*, magari facendo riferimento a un listino applicato al tempo della consegna. Questa clausole talvolta si atteggiavano come

²²⁴ Come fa M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 137, la quale mette in guardia dai tentativi di ridurre a unità una realtà complessa come quella frutto dell'autonomia negoziale.

²²⁵ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., pp. 137-139. L'Autrice prende in considerazione norme quali l'art. 1480 c.c. sulla vendita di cosa parzialmente altrui, l'art. 1484 c.c. sull'evizione parziale, l'art. 1492 c.c. sugli effetti della garanzia per i vizi, l'art. 1537 c.c. sulla vendita di immobile a misura, l'art. 1538 c.c. sulla vendita di immobile a corpo e l'art. 1540 c.c. sulla vendita cumulativa di più immobili, per escludere che esse contemplino fattispecie di *ius variandi* tali da legittimare una ricostruzione nel senso dell'ammissibilità del potere di modifica unilaterale del contratto di compravendita. Nello specifico, ella ritiene che si sia innanzi a meccanismi di adeguamento della prestazione di un contraente al reale valore della controprestazione.

²²⁶ La casistica più ricorrente è quella che riguarda il corrispettivo della vendita ad esecuzione differita, tuttavia non può escludersi che tali clausole vengano ad interessare anche la prestazione del venditore, si pensi alla clausola che gli attribuisca il potere di variare, in presenza di determinate circostanze, la quantità della merce da consegnare.

autenticamente attributive di uno *ius variandi*, ma tutto dipenderà da come sono state redatte, potendo anche essere qualificate diversamente, ad esempio come clausole di arbitraggio o di indicizzazione.

Quando, invece, il contratto è *di durata* - non importa se sia ad esecuzione continuata o ad esecuzione periodica -, come si è già visto, forte è l'esigenza di prevedere meccanismi di ridefinizione del rapporto in occasione di talune vicende. L'attribuzione ad uno o ad entrambi i contraenti di un potere di imporre la variazione di alcuni aspetti del rapporto è strumento funzionale a quest'esigenza e di semplice funzionamento. In forza del principio di autonomia privata, le parti potranno inserire in tali contratti clausole attributive dello *ius variandi*, conformandole ai riferiti limiti della liceità e della meritevolezza dell'interesse perseguito.

Laddove poi per il tipo contrattuale prescelto vi sia una disciplina legale dello *ius variandi*, essa, salvo espressa affermazione contraria da parte della legge, dovrà ritenersi derogabile²²⁷. Costituirebbe una mortificazione del summenzionato principio di autonomia privata giungere all'opposta conclusione, oltre ad arrivarsi altrimenti al paradosso per cui le parti godrebbero margini di manovra più ampi proprio laddove il fenomeno del potere di modifica unilaterale del contratto non riceva una regolazione. In ogni caso, com'è evidente, l'autonomia privata non potrà incidere su quelle disposizioni della regolazione legale dello *ius variandi* che hanno un carattere inderogabile.

Un'ultima tipologia di contratti da prendere in considerazione è quella dei *contratti normativi*. Anche in questi casi, proprio come si è visto per i contratti di durata, è la prassi a rivelare che l'inserimento di un potere di modifica unilaterale è di certo possibile. Tuttavia, tale fenomeno assume alcune peculiarità rispetto a quanto generalmente accade.

Innanzitutto si osserva che la clausola sullo *ius variandi* è sì inserita dalle parti nel contratto normativo, ma, in realtà, l'interesse delle parti non è di riferirla a quest'ultimo. Il contratto normativo, infatti, nasce per vincolare la futura contrattazione tra le parti; non sarebbe rispondente a questa esigenza la previsione che una delle parti possa incidere unilateralmente su questo regolamento programmatico di interessi. Piuttosto, la clausola, per essere rispondente all'interesse

²²⁷ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 147.

dei contraenti, andrà riferita ai contratti da concludersi in futuro, il cui contenuto potrà essere modificato *ex uno latere*. Questi contratti, dunque, consentiranno ad una delle parti lo *ius variandi*, ma la sua fonte va ravvisata nel contratto normativo²²⁸.

6. Il problema dell'ammissibilità di uno *ius variandi* ad efficacia estintiva e ad efficacia estintivo-costitutiva.

Continuando ad indagare il profilo causale della clausola attributiva del potere di modifica unilaterale del contratto ed integrando tale aspetto con l'analisi del profilo effettuale, a questo punto della trattazione si intende portare l'attenzione sul problema della possibilità di produrre una vicenda estintiva o estintivo-costitutiva proprio attraverso il potere di modifica unilaterale del contratto. Secondo l'opinione tradizionale e ancora oggi prevalente, allo *ius variandi* si assocerebbe esclusivamente una vicenda modificativa del rapporto. Tuttavia, pare opportuno verificare se, così ragionando, non si vengano a comprimere le potenzialità dell'istituto e se, quindi, sia possibile realizzare altri tipi di vicende in virtù di un atto di esercizio dello *ius variandi*.

Al fine di rispondere al quesito posto pare *in primis* opportuno chiarire in che senso si discorre di *vicenda* e, quindi, di vicenda costitutiva, estintiva e modificativa. Tale parola, infatti, è un termine molto ricorrente nel linguaggio comune, ma di scarso utilizzo in ambito normativo; al contempo grande ne è stato l'impiego da parte di altri formanti, soprattutto quello dottrinario²²⁹. In considerazione di quest'ultima circostanza e della conseguenza che tale termine viene variamente utilizzato, non

²²⁸ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 148-149, la quale fa l'esempio di un contratto di somministrazione relativo ad una fornitura, in cui si rimette ad una delle parti la precisazione successiva, nei singoli contratti esecutivi, della quantità o della tempistica della somministrazione.

²²⁹ Per un approfondimento si rinvia al contributo di C. MAIORCA, Voce *Vicende giuridiche*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, pp. 803 ss., nonché al fondamentale studio di M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950. Si veda pure A. FALZEA, Voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 490 ss.

sono mancati autori che hanno negato che la *vicenda* possa assurgere a vero e proprio concetto giuridico²³⁰.

A prescindere da come la si pensi sul punto, deve prendersi atto che, quando il giurista discorre di *vicenda*, sia che le riconosca dignità di autonoma categoria giuridica, sia che ritenga diversamente, sta prendendo in considerazione un fenomeno giuridico nel suo dinamismo, ossia nel momento del passaggio da una data configurazione ad un'altra. Rapportando poi il termine al rapporto giuridico²³¹, il giurista che discorre di *vicenda del rapporto giuridico* intende riferirsi ad uno dei suoi *momenti*, in quanto l'esistenza di un rapporto giuridico, al pari di quanto accade per la gran parte dei fenomeni giuridici, è scandita da fasi, alcune delle quali sono sempre ricorrenti, altre, invece, sono una mera eventualità.

La prima in ordine logico delle vicende del rapporto giuridico è quella *costitutiva*; essa, al pari di quella *estintiva*, non può che interessare il rapporto nella sua interezza e si potrà dire che ricorra – almeno da un punto di vista assiologico o comunque strettamente giuridico – quando, dati due istanti successivi di tempo, «nel primo istante il rapporto non esiste e nel secondo esiste»²³². Poi, in concreto, risulta evidente che in pochi casi la vicenda sarà autenticamente costitutiva, in quanto essa in genere si trova ad operare su di un qualcosa che già c'è nel mondo fenomenico ed ha già una sua qualificazione giuridica²³³. Tuttavia, il *quid pluris* della vicenda costitutiva rispetto a quella modificativa risiede proprio nella circostanza che per l'ordinamento sorge una realtà che considera nuova.

La vicenda *estintiva*, invece, si presenta speculare e contraria a quella costitutiva²³⁴: il rapporto, dati due istanti successivi di tempo, «nel primo istante il

²³⁰ Ad esempio M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 13, pur non arrivando a questa posizione estrema, ritiene che occorra di volta in volta specificare quale nozione di *vicenda giuridica* si sia inteso accogliere.

²³¹ In proposito si veda P. STANZIONE, Voce *Rapporto giuridico*, II, *diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, pp. 1 ss.

²³² M. ALLARA, *La teoria*, cit., p. 11.

²³³ Osserva P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 30, un contratto «in tanto fa nascere un'obbligazione, in quanto opera sopra una complessa situazione i cui elementi sono già qualificati dal diritto: tali, due persone capaci di obbligarsi, un oggetto idoneo a costituire materia di obbligazione [...]».

²³⁴ Se, almeno normalmente, alla vicenda estintiva si accompagna la perdita del diritto, non sempre accade il contrario e cioè che la perdita del diritto determini una vicenda estintiva. Si pensi, ad esempio, a un contratto traslativo, in cui si assiste sì ad una perdita, ma il rapporto non si consuma,

rapporto esiste e nel secondo non esiste»²³⁵. Per l'ordinamento, dunque, una realtà giuridica cessa di avere vita.

Nel mezzo tra la vicenda costitutiva e quella estintiva si viene a collocare la vicenda *modificativa*. A volerla definire, si può affermare che ricorre una vicenda modificativa nel momento in cui «il rapporto continua a sussistere, ma con elementi mutati»²³⁶. Dunque, si tratta di una vicenda che incide su un rapporto esistente, ma non lo elide, al pari di quella estintiva, bensì lo trasforma, facendogli assumere una nuova veste giuridica²³⁷.

Delle tre vicende descritte, la modificativa è quella che più crea dubbi e accende dibattiti in dottrina. La ragione di ciò può essere facilmente intesa. Se costituzione ed estinzione sono due vicende che devono necessariamente ricorrere in un fenomeno giuridico, la modificazione è meramente eventuale. Dunque, il primo ordine di problemi è quello di capire quando essa possa configurarsi. Una volta compreso questo, si deve prendere atto che le modificazioni a cui può andare incontro una situazione o un rapporto nel corso della sua vita possono presentarsi in maniera davvero variegata. Ne deriva un secondo problema, quello di ricondurre ad unità quell'insieme molto ricco di casi che si presenta all'interprete oppure, seguendo un altro approccio, abdicare a ciò, ritenendo che la vicenda modificativa sia una categoria residuale nella quale confluiscono una serie indefinita di fattispecie²³⁸.

In realtà, il primo approccio appare preferibile e la riconduzione ad unità della moltitudine di fattispecie inquadrabili nella categoria della vicenda modificativa pare possibile ricorrendo a dei dati normativi che, per quanto non pacifici, sono a disposizione dell'interprete²³⁹.

Il primo riferimento normativo a venire in rilievo è l'art. 1321 c.c., nella parte in cui allude alla possibile funzione del contratto di *regolare* un rapporto giuridico

bensì continua con un altro soggetto. Ma lo stesso potrebbe dirsi per un'ipotesi di acquisto originario quale l'usucapione, in cui si un soggetto perde un diritto, ma ne nasce uno nuovo corrispondente in capo ad un altro soggetto. Per un approfondimento si rinvia al contributo di M. FIORETTI, Voce *Perdita ed estinzione dei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, pp. 818 ss.

²³⁵ M. ALLARA, *La teoria*, cit., p. 12.

²³⁶ M. ALLARA, *La teoria*, cit., p. 12.

²³⁷ Come osserva M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 25, la vicenda modificativa è allo stesso tempo un fenomeno di permanenza e di trasformazione.

²³⁸ P. STANZIONE, Voce *Rapporto giuridico*, cit., p. 17.

²³⁹ In ciò si segue l'insegnamento di P. STANZIONE, Voce *Rapporto giuridico*, cit., p. 17. Vedasi pure M. ALLARA, *La teoria*, cit., p. 25.

patrimoniale. Tale norma è importante in quanto sancisce innanzitutto la legittimità dei negozi che realizzano vicende modificative. Si ritiene preferibile dare una lettura ampia di tale disposizione, nel senso che essa riconoscerebbe tanto i cd. *negozi modificativi in senso stretto*, i.e. quelli che incidono sulla struttura di un rapporto giuridico andandolo a modificare, quanto i cd. *negozi regolamentari*, che non incidono sulla struttura, ma soltanto sulla regolamentazione del rapporto, quindi sul suo contenuto²⁴⁰.

Tuttavia, a poter venire in rilievo per legittimare la vicenda modificativa così come definita ci sono pure l'art. 2908 c.c. in tema di efficacia costitutiva delle sentenze, in cui si ricollega espressamente alle sentenze anche un possibile effetto modificativo di rapporti giuridici, nonché l'art. 1965 c.c., in tema di transazione, che abilita tale tipo contrattuale, tra le altre cose, anche alla realizzazione di vicende modificative.

Fatte queste premesse, è possibile entrare nel merito del primo problema posto in apertura del paragrafo e cioè quello della compatibilità tra potere di modifica unilaterale del contratto di fonte pattizia e, da una parte, effetto estintivo, dall'altra effetto estintivo-costitutivo. Si ritiene che debba escludersi che possa essere causalmente compatibile con lo *ius variandi* una pattuizione la quale attribuisca ad una delle parti un potere estintivo ed eventualmente e contestualmente costitutivo di un nuovo rapporto giuridico, dal momento che, come regola generale, la legge ricollega tali effetti a negozi bilaterali²⁴¹.

Ciò pare confermato dall'art. 1372 c.c., per il quale lo scioglimento del contratto è possibile di regola mediante un nuovo accordo, denominato mutuo dissenso²⁴², essendo eccezionali le ipotesi di scioglimento unilaterale del rapporto; risulta anche dalla disciplina della novazione ed in particolare dall'art. 1230, primo comma, c.c.,

²⁴⁰ Ritiene che la norma in esame non si indispensabile M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 29, la quale osserva: «[d]el resto, anche in mancanza di siffatta previsione testuale, la questione dovrebbe risolversi nel senso dell'ammissibilità dei negozi modificativi della disciplina del rapporto, ogni qual volta l'analisi dei casi concreti evidenzia interessi meritevoli di tutela che giustifichino un simile accordo modificativo. Come negare, infatti, all'autonomia privata il potere di decidere in tal senso della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, purché in modo conforme ai principi fondamentali della carta costituzionale, riassumibili nelle formule dell'utilità e solidarietà sociale (art. 1322 c.c.)».

²⁴¹ È la tesi di G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 18.

²⁴² Sul quale si rinvia al fondamentale A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

infatti se si intende estinguere un'obbligazione mediante novazione è necessario che le parti si accordino per la sua sostituzione con una nuova dall'oggetto o dal titolo diverso²⁴³.

Quanto riferito conosce una deroga limitatamente all'effetto estintivo, per il quale l'ordinamento prevede un'ipotesi in cui esso si ricollega ad un semplice atto unilaterale. Si allude all'istituto del recesso, che consente alla parte a cui è riconosciuto di sciogliersi dal vincolo contrattuale mediante un'iniziativa unilaterale.

Per questa ragione, non sono mancate teorie che hanno corroborato la ricostruzione di un potere unilaterale di modifica del contratto *pattizio* ed *atipico* tra le altre cose richiamando il recesso pattizio, di cui all'art. 1373 c.c.²⁴⁴. D'altronde il recesso condivide la natura dello *ius variandi*, che, come si è tentato di dimostrare, è quella di diritto potestativo.

Tuttavia, si comprenderà facilmente l'abissale lontananza tra i due diritti potestativi in questione: se dal primo scaturisce un effetto estintivo del rapporto, il secondo produce invece un effetto modificativo. Da un punto di vista concreto, poi, non pare peregrino affermare che in molti casi ad essere più temuto sarà proprio lo *ius variandi*, in quanto la continuazione di un rapporto unilateralmente modificato potrebbe risultare più afflittiva dello scioglimento del vincolo.

Dunque, se l'effetto estintivo può essere nella disponibilità del singolo contraente, come dimostra l'istituto del recesso, resta da indagare se si possano ricavare margini di ammissibilità di un effetto estintivo-costitutivo del pari rimesso a valutazioni di una sola parte.

Si potrebbe argomentare muovendo dal carattere dispositivo della disciplina del recesso fino a sostenere che le parti, nella loro autonomia privata, potrebbero arrivare a riconoscere a una di esse un potere creativo di un nuovo rapporto giuridico. Tuttavia, a far preferire una soluzione di segno negativo²⁴⁵ sono ragioni di ordine sistematico e, segnatamente, il principio di intangibilità della sfera giuridica del

²⁴³ Cass. 19 aprile 1995, n. 4363, in *Mass. Giur. It.*, 1995, afferma: «[l]a novazione quale modo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento implica la imprescindibile necessità che all'accordo novativo intervengano tutti i soggetti del rapporto che si intende modificare, non potendo alcuna modificazione verificarsi senza il concorso dell'*animus novandi* degli autori del negozio originario.».

²⁴⁴ Vedasi G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 6 in nota.

²⁴⁵ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 21.

privato in assenza di una sua volontà. Non a caso, secondo una lettura fedele al dato normativo rappresentato dall'art. 1987 c.c., ancora oggi sostenuta da autorevole dottrina²⁴⁶, la promessa unilaterale è fonte di obbligazioni soltanto nei casi ammessi dalla legge²⁴⁷.

Nemmeno potrebbero soccorrere le letture più moderne dell'art. 1987 c.c., volte a ridimensionare l'idea dell'esclusività dell'accordo come strumento generale di esplicazione dell'autonomia privata²⁴⁸. Come noto, infatti, autorevole dottrina ha sostenuto che il limite della tipicità deve cedere nel momento in cui l'atto unilaterale atipico produce un effetto vantaggioso per un altro soggetto. In questo caso ricorrerebbe quella meritevolezza richiesta dall'art. 1322 c.c. per un valido dispiegarsi dell'autonomia privata. Tuttavia, condizione per la legittimità di un atto unilaterale atipico non sarebbe soltanto la sua vantaggiosità per colui che non è chiamato ad esprimere una volontà costitutiva del rapporto obbligatorio, ma anche il riconoscimento a quest'ultimo del potere di impedire la modificazione della sua sfera giuridica attraverso un atto di rifiuto, secondo uno schema che trova conferma normativa nell'art. 1333 c.c., ma anche nell'art. 1411 c.c.

Proprio quest'ultima considerazione induce a escludere l'idoneità dello *ius variandi* alla produzione di un effetto estintivo-costitutivo. Anche qualora l'effetto

²⁴⁶ Tra i tanti si segnalano quelli di: F. GALGANO, *Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazioni. La tutela del credito. L'impresa.*, in *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2010, p. 13: «[l]a lettura tradizionale dell'art. 1987 è, a mio giudizio, da condividere». Per un approfondimento si vedano: G. FERRI, *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Studi per Betti*, V, Milano, 1962, pp. 127 ss.; A. DI MAJO, *Voce Promessa unilaterale*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 33 ss.; C. DONISI, *Voce Atti unilaterali (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, pp. 3 ss.; C.A. GRAZIANI, *Voce Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, pp. 3 ss.; N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pp. 559 ss.; A. D'ANGELO, *Voce Promesse unilaterali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1997, pp. 420 ss.

²⁴⁷ A. D'ANGELO, *Voce Promesse*, cit., pp. 420 ss.: «[i]l problema della sufficienza o meno alla produzione dell'effetto obbligatorio-unilaterale della dichiarazione di volontà della sola parte che si obbliga si connette alla valutazione da parte dell'ordinamento dell'esigenza di proteggere la sovranità dell'individuo sulla propria sfera giuridica. La qualificazione in senso «formale» del principio della sovranità individuale sulla propria sfera giuridica esprime efficacemente l'idea che esso prescinde non solo dalla considerazione in concreto degli interessi del soggetto, ma anche da una valutazione in astratto della natura vantaggiosa o svantaggiosa della modificazione impressa alla sua sfera dall'atto altrui e che, conseguentemente, esso salvaguardi non già, appunto, un interesse, ma un astratto valore di sovranità individuale.».

²⁴⁸ Vedasi ad esempio: C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997.

costitutivo si rivelasse vantaggioso per la controparte, non vi sarebbe la possibilità di rifiutarlo, con la conseguenza che la controparte si troverebbe vincolata in un rapporto dal contenuto che non ha predeterminato nemmeno genericamente. Quindi, in definitiva, se pure volesse ammettersi, valorizzando le norme sul recesso, che tramite il potere di modifica unilaterale del contratto si possa far cessare un rapporto giuridico, si ritiene che mai si potrebbe affermare che si possa unilateralmente pervenire alla costituzione di un nuovo rapporto. Ad ostarvi l'impossibilità per la controparte di svincolarsi dal nuovo rapporto tramite l'esercizio facoltà di rifiuto, che integrerebbe un'inammissibile lesione del principio della relatività delle sfere giuridiche²⁴⁹.

A sostegno di questa ricostruzione si adduce un'altra considerazione di ordine logico. Come si vedrà in seguito, negli ultimi anni, tramite la valorizzazione del canone della buona fede, si sono ricavate regole ermeneutiche che perimetrano la clausola attributiva del potere, nonché i suoi atti di esercizio, a dimostrazione della sensibilità dell'ordinamento e degli interpreti verso forme di salvaguardia della controparte che subisce lo *ius variandi*. Sarebbe illogico, a fronte di una tale tendenza nella ricostruzione dell'istituto, ampliarne gli effetti, fino ad ammetterne quelli costitutivi, vincolando così la parte ad un nuovo rapporto senza alcuna possibilità di reazione.

7. L'ampiezza dell'effetto modificativo dipendente da un atto di *ius variandi* in rapporto con la novazione

Perimetrato il profilo causale della clausola attributiva dello *ius variandi* e delimitato almeno in negativo quello effettuale dipendente dal suo atto di esercizio con l'affermazione dell'incompatibilità tra potere di modifica unilaterale ed efficacia

²⁴⁹ Molto chiaro sul punto è G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 29-30: «[...] l'iniziativa individuale può produrre effetti nell'altrui sfera giuridica; tuttavia deve trattarsi di effetti incrementativi e deve essere sempre fatta salva la facoltà di rifiuto dell'iniziativa altrui. [...] Ebbene tale *iter* non riesce a dispiegarsi correttamente nell'ipotesi di uno *ius variandi* a contenuto estintivo-costitutivo: qui è presente, è vero, un atto unilaterale; può esserci, a seconda dei casi, un prospettato vantaggio patrimoniale a favore di chi subisce l'iniziativa altrui; manca, invece, lo *spatium deliberandi* del destinatario, da intendersi come effettiva e concreta valutazione degli effetti dell'altrui iniziativa unilaterale nella propria sfera giuridica.».

estintiva ed estintivo-costitutiva, si rende necessario svolgere qualche ulteriore considerazione in positivo su di un secondo aspetto: quello relativo all'ampiezza della funzione di modifica del rapporto propria dell'istituto in esame. La dottrina, infatti, si è spesso interrogata su ciò che possa essere oggetto di modifica in sede di esercizio del potere²⁵⁰.

La questione non attiene tanto al profilo oggettivo dell'istituto, quanto piuttosto a quello causale ed effettuale, poiché, ammettendo con una certa larghezza lo *ius variandi*, si potrebbe arrivare a realizzare non più soltanto una modificazione, bensì una vicenda simil-novativa e, quindi, estintivo-costitutiva, che, come si è tentato di dimostrare nelle pagine precedenti, è incompatibile con l'istituto.

Il problema è molto complesso, infatti sono evidenti i profili di interferenza tra la materia del potere di modifica unilaterale del contratto e l'istituto della novazione²⁵¹. Basti soltanto considerare che una qualsiasi vicenda modificativa – non soltanto quella frutto dello *ius variandi* –, al pari di quella novativa, opera su di un rapporto giuridico già in essere. La vicinanza tra *ius variandi* e novazione viene poi inevitabilmente a farsi più forte ove si aderisca a quella tesi che ricostruisce la novazione non tanto come vicenda estintivo-costitutiva, bensì come fattispecie in cui prevale una vicenda di tipo costitutivo-modificativa²⁵².

Non stupisce allora che ci si chieda, guardando alla novazione, se sia da considerarsi ancora un effetto modificativo, compatibile con la causa dello *ius variandi*, la variazione dell'oggetto o del titolo. A quanti affermano che una siffatta modifica sia inammissibile²⁵³, in quanto integrerebbe una sostituzione di un rapporto

²⁵⁰ Vedasi G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 33 ss.

²⁵¹ Sulla quale si rinvia ai fondamentali studi di: P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (diretto da), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1975; A. MAGAZZÙ, *Voce Novazione*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 814 ss.; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in P. RESCIGLIO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1984; O. BUCCISANO, *Voce Novazione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.; A. ZACCARIA, *Voce Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1995, pp. 287 ss.

²⁵² Su questo aspetto minoritario è P. RESCIGNO, *Voce Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, pp. 434 ss.

²⁵³ A. ZACCARIA, *Voce Novazione*, cit., p. 287, con riguardo alla variazione del titolo si esprime nei seguenti termini: «[n]on ci nascondiamo le perplessità che queste ultime affermazioni possono suscitare, in particolare per il motivo di considerare ancora sussistente l'identità del rapporto nonostante il mutamento di un carattere tanto rilevante qual è quello della sua gratuità od onerosità.»; G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 35.

con un altro²⁵⁴, si contrappongono quanti, invece, sempre più numerosi, paiono più possibilisti; ritenendo che tutto dipenda dalla volontà delle parti, affermano che le parti potrebbero anche accordarsi nel senso di attribuire ad uno dei contraenti un potere unilaterale di modifica che incida sull'oggetto o sul titolo del loro rapporto²⁵⁵.

Ad ogni modo in questa sede si intende ribadire la profonda diversità tra potere di modifica unilaterale del contratto e novazione: l'effetto novativo si può ricollegare solo e soltanto ad una non equivoca volontà delle parti di sostituire un'obbligazione già in essere con una diversa per oggetto o titolo, quindi combinando una vicenda estintiva con una costitutiva, per come sopra definite. L'effetto prodotto da un atto di esercizio dello *ius variandi*, invece, si esaurisce in una vicenda modificativa, quindi nella parziale trasformazione di un rapporto già sorto, che per il resto viene conservato²⁵⁶.

Non è un caso infatti che, in virtù di quanto previsto dall'art. 1263, primo comma, c.c., le garanzie del credito, che normalmente non risentono di una vicenda modificativa quale è la cessione del credito, vengano invece meno in caso di novazione ed è necessario un nuovo accordo tra le parti per mantenerle (art. 1232 c.c.)²⁵⁷.

Infine, pare indispensabile richiamare l'art. 1231 c.c. con la sua disciplina delle *modalità che non importano novazione* per mantenere netta la linea di separazione tra vicenda novativa e modificativa.

²⁵⁴ In giurisprudenza, tra le tante pronunce che hanno affermato che si è in presenza di novazione al ricorrere del mutamento sostanziale di titolo e oggetto, si segnalano, Cass. 2 aprile 2004, n. 6520, in *Mass. Giur. it.*, 2004; Cass. 12 settembre 2000, n. 12039, in *Mass. Giur. it.*, 2000.

²⁵⁵ Ci si chiede poi se, con riguardo all'oggetto, integri una novazione la sua variazione meramente quantitativa o se, invece, per configurare una novazione si renda necessaria sempre e comunque una modifica di tipo qualitativo.

²⁵⁶ O. BUCCISANO, Voce *Novazione*, cit., p. 2.

²⁵⁷ Vedasi in proposito M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., pp. 34-35, per altri interessanti richiami normativi.

8. Le *hardship clauses*: un contributo nella ricostruzione dello *ius variandi* pattizio dall'esperienza del commercio internazionale

Uno degli ambiti in cui da tempo si fa un ampio ricorso (anche) al potere di modifica unilaterale del contratto per la gestione delle sopravvenienze è quello del commercio internazionale e proprio da questa esperienza si ritiene possibile ricavare un ulteriore indice di ammissibilità dello *ius variandi* pattizio atipico.

In un contesto di grossi traffici internazionali o comunque di grandi operazioni economiche diviene essenziale mettere in conto che potrebbero verificarsi eventi imprevisi che, al loro verificarsi, possono non essere sotto il controllo delle parti. Essi potrebbero avere una significativa incidenza sul sinallagma contrattuale, dovendosi allora trovare un modo per riuscire a conciliare tanto la regola *pacta sunt servanda*, quanto il principio *rebus sic stantibus*.

Sarebbe riduttivo oggi ridurre il commercio internazionale alle importazioni e alle esportazioni e, quindi, alle operazioni di compravendita, per quanto esse continuino ad essere un punto nevralgico nei rapporti tra imprese. Sempre più spesso si assiste ad operazioni complesse, frutto della combinazione di più contratti, da cui origina un rapporto negoziale molto articolato, che presenta sul versante soggettivo e/o su quello oggettivo profili di collegamento con più Stati. Una definizione così ampia dell'oggetto del commercio internazionale è indispensabile per inquadrare il fenomeno odierno e non rischiare di escludere importanti traffici²⁵⁸.

Non sorprende che l'ambito degli scambi internazionali abbia costituito uno dei primi terreni di verifica di meccanismi oggi molto in voga per fronteggiare le sopravvenienze. Innanzitutto i rapporti in ambito internazionale sono più spesso di quelli interni dei rapporti tra soggetti di grandi dimensioni come, ad esempio, società multinazionali, le quali effettuano un cospicuo impegno di risorse economiche, magari progettando grandi complessi, per dare vita a rapporti di lunga durata, talvolta anche indeterminata. Si pensi ad una vendita nella quale siano stati previsti molteplici atti di consegna diluiti nel corso del tempo o a dei contratti per il trasferimento di conoscenze tecnologiche. Tanto che pare quasi riduttivo utilizzare il

²⁵⁸ Si pensi ai contratti di somministrazione di energie, a quelli per la costruzione di complessi industriali o, più in generale, di appalto.

concetto di contratto per descrivere queste complesse relazioni d'affari proiettate nel tempo.

Alla lunga durata si connette in maniera quasi fisiologica la sopravvenienza, con la consequenziale alterazione dell'onerosità di almeno una delle prestazioni. Non risponde all'interesse delle parti che questo evento arrivi a frustrare quel rapporto contrattuale per il quale si sono compiuti grandi investimenti, conducendolo magari allo scioglimento per risoluzione²⁵⁹. Senza contare che in alcuni casi lo scioglimento del rapporto di fatto si rivela non praticabile, si pensi all'impossibilità di trovare un nuovo partner commerciale in mercati oligopolistici o monopolistici, oppure in quelli estremamente specializzati. Questa è la prima ragione, di ordine pratico, della necessità avvertita nell'ambito del commercio internazionale di avere a disposizione meccanismi di gestione degli eventi sopravvenuti.

Si consideri poi che i rapporti del commercio internazionale difficilmente potrebbero attendere l'intervento giurisdizionale, senza poi trascurare i problemi che potrebbero sorgere in ordine all'individuazione del giudice competente e quelli relativi ai mezzi per far eseguire coattivamente una pronuncia relativa ad un soggetto straniero²⁶⁰.

Inoltre, in ambito internazionalprivatistico²⁶¹ non si riscontra, salvo quanto si dirà nel paragrafo che segue, una compiuta ed autentica codificazione del diritto dei

²⁵⁹ Come osserva A. FRIGNANI, Voce *Hardship clause*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1991, pp. 446 ss.: «[...] la rinegoziazione del contratto (o di quelle clausole dello stesso che sono state toccate dall'avvenimento) pur modificando, in senso peggiorativo, la posizione economica dell'acquirente (o della parte che si attende la materia prima o la costruzione dello stabilimento, ecc.), o del creditore presenta quasi sempre un vantaggio rispetto alla soluzione del cosiddetto *discharge of obligation* o risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta.».

²⁶⁰ Si riprende ancora A. FRIGNANI, *op.ult. cit.*, il quale acutamente rileva che «[l']alterazione di tale equilibrio pone dunque la necessità di un *adjustment* del contratto per ricostituire, almeno parzialmente, quell'equilibrio iniziale, tenendo conto delle nuove circostanze che si sono verificate. Ciò è tanto più evidente se si considera non solo il fatto che i contratti internazionali tendono sempre più a svincolarsi da una particolare *domestic law*, ma soprattutto che ben difficilmente sarebbe ipotizzabile l'accoglimento di un ricorso al giudice per una *specific performance* che obbligasse la parte sulla quale pesa l'onerosità (dovuta alla circostanza imprevista) ad adempiere ugualmente alla propria obbligazione (anche perché - ottenutolo - un tale *order* sarebbe difficile da far eseguire coattivamente).».

²⁶¹ Se si eccettua il caso – sempre più raro – in cui le parti abbiano esercitato la loro autonomia privata nel senso di assoggettare il rapporto che si instaura tra di esse ad una specifica legge nazionale, i contratti internazionali sono retti dalle norme del diritto internazionale privato e, dunque, la legge che ad essi si applica è individuata tramite i criteri di collegamento di questa disciplina. L'esperienza

contratti, i cui principi di fondo, almeno nell'ordinamento italiano, per ragioni dogmatiche e sistematiche, hanno determinato una certa ritrosia ad ammettere lo *ius variandi*. Ne deriva che, vista la carenza di indici normativi di riferimento certi, nei rapporti connotati da un qualche elemento di internazionalità sia massimo il dispiegamento dell'autonomia privata, che è stata così in grado di esplicarsi in forme nuove e innovative.

L'esigenza di fronteggiare la sopravvenienza, preservando allo stesso tempo il rapporto, ha potuto trovare un efficace riscontro attraverso quelle che sono conosciute come *hardship clauses*²⁶².

Il nome è già abbastanza evocativo della loro funzione, dal momento che il sostantivo inglese *hardship* può essere tradotto con il sostantivo *avversità*. Dunque, quello di *harship* non è un concetto strettamente giuridico, ma piuttosto si ricorre ad un'espressione del linguaggio comune descrittiva di un evento, che può tanto essere economico, quanto diverso²⁶³. Tale espressione, poi, rende bene come l'evento venga percepito da una delle parti del contratto. Di esso si ha una considerazione negativa per l'effetto che causa: quello di provocare uno squilibrio del rapporto a svantaggio di uno dei contraenti.

tuttavia insegna che sovente le regole pensate per un ordinamento nazionale si rivelano inadeguate per un rapporto che presenta elementi di internazionalità.

²⁶² Tra i contratti in cui è più frequente il loro inserimento si segnalano quelli di somministrazione, di appalto, di concessione in sfruttamento o gestione, di commercializzazione, di trasporto, di subfornitura e di finanziamento. Sulle clausole di *hardship* nell'ambito della letteratura italiana si vedano: A. FRIGNANI, Voce *Hardship clause*, cit.; ID, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e Common Law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, pp. 680 ss.; D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, pp. 951 ss.; E. GUERINONI - A. MANIACI, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, pp. 25 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, G. ALPA (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, 2016, Milano, pp. 29 ss.; A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 74 ss.; G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 116 ss., in cui sono riportati anche alcuni interessanti esempi di tali pattuizioni. Per la letteratura straniera si rinvia a H. KONARSKI, *Force Majeure and Hardship clauses in International contractual practice*, in *International Business Law Journal*, 2003, pp. 405 ss.; D. MASKOW, *Hardship and Force Majeure*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 657 ss.; I. SCHWENZER, *Force Mejeure and Hardship in International sales contracts*, in *Victoria University of Wellington Reveiw*, 2008, pp. 709 ss.; H. ULLMAN, *Enforcement oh Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, in *California Western International Law Journal*, 1988, pp. 81 ss.

²⁶³ Si pensi ad eventi naturali quali le calamità o ad eventi politici quali mutamenti degli assetti istituzionali di uno Stato.

L'avversità è una sopravvenienza e le sopravvenienze per loro stessa natura non si prestano a una prerogazione; si intende dire che il loro trattamento non può essere frutto di specifica regolamentazione già nel momento in cui si perfeziona il contratto, ma deve essere necessariamente rinviato ad un momento successivo, *i.e.* quello in cui si avrà contezza piena della sua portata e dei suoi caratteri, sì da poter apprestare la misura ritenuta più idonea per gestirla nell'interesse soprattutto del soggetto che subisce uno svantaggio in dipendenza del nuovo evento.

Una precisazione è necessaria: le *hardship clauses* non sono soltanto da mettere in relazione al potere di modifica unilaterale del contratto, in quanto attraverso esse si possono anche configurare ulteriori e diversi meccanismi di gestione dell'evento sopravvenuto. Tra i più diffusi si possono riportare come esempio la sospensione dell'esecuzione del contratto o, più frequente ancora, l'obbligo di rinegoziazione. La sospensione dell'esecuzione, in particolare, si rivelerà un ottimo espediente per fronteggiare un evento sopravvenuto dalla breve durata, una volta passato il quale il rapporto può tornare a ricevere esecuzione così come previsto in origine. Viceversa, l'obbligo di rinegoziazione sarà uno strumento particolarmente indicato per gestire eventi che incidono sul rapporto in maniera definitiva o comunque per un lungo periodo di tempo.

In definitiva, per quanto la dottrina abbia costruito una categoria unitaria per la clausola di *hardship*, essa può assumere forme molto variegata.

Da un punto di vista strutturale, è stato messo in luce come queste clausole diffuse nei rapporti commerciali internazionali si compongano tipicamente di due parti²⁶⁴.

Nella prima si procede ad un'analitica individuazione degli eventi che si considereranno come sopravvenienze e che costituiscono il presupposto per l'attivazione del meccanismo ivi delineato²⁶⁵. Su questo aspetto le parti hanno una

²⁶⁴ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 76.

²⁶⁵ Si veda la proposta ricostruttiva di D. SCARPA, *Ricostruzione*, cit., pp. 951 ss., che vaglia un accostamento tra la clausola in esame e la presupposizione, arrivando a conclusioni più generali: «[l]a presupposizione si presta ad essere utilizzata sia nel caso di erronea rappresentazione del fatto presupposto che le parti abbiano avuto presente al momento della conclusione del contratto, sia nel caso di modificazione successiva degli elementi fattuali. L'istituto *de quo* si presenta come valido strumento per tutelare fattispecie di difficile sussunzione nella norma di legge, ovvero situazioni in cui l'evento presupposto è tale che il suo venir meno può sconvolgere l'intero assetto di regolazione contrattuale voluto dalle parti. La prassi contrattuale deve, sulla scorta delle difficoltà evidenziate

grandissima autonomia e, anzi, uno di principali vantaggi dell'istituto in esame risiede proprio nel fatto che la clausola di *hardship* è estremamente duttile, a differenza di altri rimedi per le sopravvenienze previsti dal diritto positivo, che si riferiscono a specifiche circostanze.

Nella seconda parte della clausola, invece, si tracciano i caratteri del meccanismo di gestione della sopravvenienza, chiarendo con quali modalità la parte svantaggiata possa chiedere un adeguamento del rapporto, chi ed entro quanto tempo deve decidere e gli effetti di questa revisione sul rapporto contrattuale in corso. Generalmente si prevede un obbligo di informazione tempestiva a carico di chi subisce l'evento sopravvenuto e abbia interesse all'attivazione del meccanismo, nonché una fase diretta all'accertamento della ricorrenza in concreto dei presupposti richiesti dalla clausola. Molto importante è anche la parte in cui si fissa cosa accade nell'ipotesi in cui non si riesca a far pervenire ad un qualche esito il meccanismo di adeguamento del contratto.

Da quanto detto si può facilmente intendere che per il proficuo funzionamento della clausola di *hardship* sia necessaria lealtà nei rapporti tra i *partners* commerciali. Infatti, una sua attivazione meramente strumentale, se non addirittura pretestuosa, rischierebbe di condurre il rapporto contrattuale proprio in quello stato di crisi che la clausola di *hardship* mira ad evitare. Di conseguenza andrà evitato di inserire clausola qualora l'altro partner non offra garanzie di serietà. Rovesciando poi la prospettiva, può dirsi pure che, ove prevista, la clausola di *hardship* svolge pure una funzione di implementazione del livello di correttezza tra i contraenti, in quanto entrambi i contraenti sono portatori di un interesse ad un suo impiego che non sia pretestuoso.

È da segnalare che rispetto ai contratti internazionali – ma non solo – più voci hanno affermato che una *herdship clause* dovrebbe ritenersi in ogni caso operante, anche se non esplicitata dai contraenti in una pattuizione. In proposito si afferma che si potrebbe pure pensare che tali meccanismi di gestione delle sopravvenienze siano ormai configurabili come degli usi commerciali. Questa opinione merita di essere sottolineata, pur non avendo ancora trovato riscontro nella giurisprudenza

nella ricerca di tutela di matrice codicistica, predisporre adeguate e specifiche clausole tese a creare un efficace sistema di salvaguardia contrattuale dei paciscenti.».

arbitrale²⁶⁶, in quanto è indice di una mutata sensibilità della dottrina rispetto alla tematica delle sopravvenienze, che trova espressione anche nel già riferito mutato approccio al tema dello *ius variandi*.

9. *Hardship* e principi Unidroit. Verso la codificazione degli istituti per la gestione delle sopravvenienze?

È noto che l'espressione *principi Unidroit* sia impiegata nell'ambito giuridico per richiamare sinteticamente i *Principles of International Commercial Contracts*²⁶⁷ dell'*International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT)²⁶⁸. Nel loro preambolo è precisato che i principi Unidroit enunciano *regole generali in materia di contratti internazionali*, secondo la medesima logica che ha portato all'elaborazione dei *Principi di diritto europeo dei contratti* (cd. PECL) elaborati

²⁶⁶ Vedasi D. SCARPA, *Ricostruzione*, cit., p. 951: «[i]l formante della giurisprudenza arbitrale, in materia, tende ad escludere, nonostante qualche famoso *obiter dictum* in senso contrario, che una parte possa sottrarsi agli obblighi contrattuali assunti, avanzando la pretesa di modificare le condizioni stabilite precedentemente, in seguito al sopravvenire di un mutamento delle condizioni economiche, se non nei casi in cui vi sia un'espressa previsione contrattuale (attraverso una *hardship clause*), oppure laddove si verifichi una condizione riconducibile alla *force majeure*». Pertanto, secondo questo Autore, allo stato attuale, deve ritenersi che, ove nel contratto internazionale non sia stata inserita una clausola di *hardship*, le parti abbiano assunto il rischio del verificarsi di una sopravvenienza.

²⁶⁷ La letteratura in materia è estremamente vasta, anche per il carattere interdisciplinare dei principi Unidroit. Tra i numerosi studi si segnalano quelli che seguono: A. DI MAJO, *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, pp. 287 ss.; F. FERRARI, *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, pp. 300 ss.; M.J. BONELL – F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997.

²⁶⁸ Si tratta di un'organizzazione intergovernativa che ha origine nel 1926 come organo ausiliario della Società delle Nazioni e che ha sede a Roma. Il suo scopo è quello di studiare come modernizzare e armonizzare il diritto privato e in particolar modo quello commerciale, come si ricava con immediatezza dall'art. 1 del suo Statuto, ove si afferma: «[t]he purposes of the International Institute for the Unification of Private Law are to examine ways of harmonising and coordinating the private law of States and of groups of States, and to prepare gradually for the adoption by the various States of uniform rules of private law.». Per conseguire tale obiettivo l'UNIDROIT predispose convenzioni internazionali, nonché principi e regole, che nel tempo hanno visto accrescere la loro rilevanza e diffusione. A contribuire a ciò è stato anche il progressivo aumento degli Stati che hanno scelto di aderire a tale organizzazione internazionale, il cui numero ad oggi è arrivato ad essere di sessantatré, rappresentativi di tutti i continenti e delle principali tradizioni giuridiche.

dalla Commissione Lando²⁶⁹. Trattasi, dunque, di un insieme regole non cogenti, o, più correttamente, di *soft law*, le quali sono interessate da un continuo processo di codificazione²⁷⁰. Non pare peregrino considerarle quasi come una disciplina equivalente a quella sui contratti in generale contenuta nel codice civile domestico.

Essi costituiscono un punto di riferimento per gli operatori commerciali, ma non soltanto, vedasi la rilevanza che rivestono anche negli arbitrati internazionali²⁷¹ e per alcuni legislatori²⁷². Infatti, se da una parte è sicuramente vero che i contratti internazionali hanno la tendenza ad essere *self standing*, essendo redatti in maniera molto articolata, tale da renderli esaustivi, non di meno è comunque necessario avere delle regole di riferimento. Tali regole sono appunto fornite dai principi Unidroit, che così hanno reso residuale il rinvio nei contratti del commercio internazionale al diritto interno²⁷³.

²⁶⁹ Sui quali per tutti vedasi C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001.

²⁷⁰ Sono stati approvati in una prima versione nel 1994 e poi aggiornati per tre volte: nel 2004, nel 2010 e da ultimo nel 2016. La versione originaria è stata pubblicata in Italia sulla rivista *Contratti*, 1994, pp. 504 ss. La versione aggiornata al 2016 è liberamente fruibile mediante consultazione del seguente link <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. Tutte le versioni sono frutto di un sapiente dosaggio di regole mutate a volte dalla tradizione di *civil law*, altre volte da quella di *common law*, nell'ottica di fornire la soluzione che meglio risponda alle esigenze della pratica internazionale.

²⁷¹ Essi infatti sempre più spesso sono tenuti in considerazione nel contenzioso arbitrale, come constatano: F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, pp. 543 ss., p. 554; A. CRIVELLARO, *Principi Unidroit e arbitrati internazionali tra naturale propensione a farne uso e limitata autonomia nel determinare il diritto applicabile*, in *Dir. comm. int.*, 2012, pp. 917 ss., p. 917, il quale sostiene che, se ne avessero il potere, gli arbitri investiti di controversie relative a contratti internazionali ne farebbero un uso costante in quanto «[i] Principi modellano soluzioni giuridiche alle controversie insorte nel commercio internazionale che trovano un'alta consonanza con quelle di cui necessita l'arbitro internazionale. [...] Insomma, se spettasse all'arbitro internazionale scegliere le regole da applicare al merito della controversia, egli prospetterebbe — credo — alle parti la seguente gerarchia di fonti: il contratto, i Principi Unidroit per le integrazioni necessarie, la legge regolatrice del contratto in caso di lacune residuali». Si veda come esempio di quanto riferito il lodo della Corte arbitrale internazionale della Camera di commercio internazionale del 28 luglio 2000, n. 9797, pubblicato in *Dir. comm. int.*, 2001, pp. 211 ss., che considera i principi Unidroit un *fonte attendibile del diritto commerciale internazionale*.

²⁷² Ai principi Unidroit, ad esempio, si è ispirata la codificazione dei Paesi Bassi, anche per quanto riguarda la gestione delle sopravvenienze. Il codice civile olandese – libro VI, art. 6:258 BW – entrato in vigore nel 1992 consente alla parte interessata di chiedere al giudice, ove si verifichi una sopravvenienza, di pronunciare la risoluzione oppure di modificare retroattivamente gli effetti del contratto. In proposito si rinvia a A.S. HARTKAMP, *Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands*, Roma, 1992.

²⁷³ A. CRIVELLARO, *Principi Unidroit*, cit., p. 918.

Quello che è meno noto e che rileva nel presente lavoro è che i principi Unidroit, al pari di quelli predisposti dalla Commissione Lando, dedicano grande attenzione – di certo maggiore rispetto a quella manifestata dal Legislatore italiano – alla tematica delle sopravvenienze, trovando in essi regolazione sia la clausola di *hardship* che la *force majeure*²⁷⁴.

Essi si pongono come delle regole molto concrete, che sarebbe errato credere frutto della fantasia dei giuristi che le hanno scritte. Infatti, sono il prodotto di un’attenta riflessione circa i rimedi più appropriati ai problemi che si propongono di risolvere²⁷⁵. Nel caso delle sopravvenienze l’idea di fondo è che sia preferibile conservare il contratto, piuttosto che esporlo ad un rimedio demolitorio che di fatto scontenterebbe tutti i contraenti²⁷⁶. Per questa ragione si regolano le conseguenze della sopravvenienza al fine di bilanciare gli interessi in gioco e, così ragionando, si arriva a legittimare anche lo *ius variandi* pattizio atipico²⁷⁷.

Non bisogna però pensare che tali regole siano totalmente in rottura con il diritto dei contratti italiano. Esse affermano chiaramente come regola generale quella

²⁷⁴ Analizza i principi Unidroit, seppur nella loro versione del 2010, in relazione alla tematica delle sopravvenienze A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 66 ss. Analogamente vedasi i riferimenti in F. MACARIO, Voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, pp. 1026 ss. ed in G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 10 ss., in ambo i casi con riguardo alla loro versione del 2004. Vedasi pure S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr.*, 1998, pp. 733 ss. Tra gli studi stranieri si segnalano: J.M. PERILLO, *Force Majeure and Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *5 Talane Journal of International and Comparative Law*, 1997, pp. 5 ss.; J.O. RODNER, *Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of R. Briner*, Parigi, 2005, pp. 677 ss.; F. DESSEMONTET, *The Unidroit Principles and the Long Term Contracts*, in *Dir. comm. int.*, 2012, pp. 873 ss.

²⁷⁵ Come ben osservano F. MACARIO, Voce *Revisione*, cit., p. 1026. ss. e G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 12.

²⁷⁶ L’istituto dell’*hardship* e quello della *force majeure*, che trova la propria regolamentazione all’art. 7.1.7 dei principi Unidroit, sono contigui, al punto che nella medesima situazione entrambi potrebbero essere astrattamente invocabili. La differenza tra di essi risiede in questo: chi invoca l’*hardship* ha un interesse a rinegoziare e, quindi, a mantenere in vita il rapporto, a differenza di colui che invochi la *force majeure*. Ne segue che opera la regola *electa una via non datur recursus ad alteram*. Si legge nel commento all’art. 6.2.2, p. 222: «[...] there may be factual situations which can at the same time be considered as cases of hardship and of force majeure. If this is the case, it is for the party affected by these events to decide which remedy to pursue. If it invokes force majeure, it is with a view to its non-performance being excused. If, on the other hand, a party invokes hardship, this is in the first instance for the purpose of renegotiating the terms of the contract so as to allow the contract to be kept alive although on revised terms.».

²⁷⁷ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 10.

secondo cui il verificarsi di una sopravvenienza non può di per sé legittimare un inadempimento del contratto²⁷⁸. Tuttavia, a tale regola generale si affianca la codificazione di un meccanismo volto a far fronte all'*hardship*²⁷⁹.

Riprendendo quanto previsto dai principi Unidroit e precisamente dall'art. 6.2.2²⁸⁰, si può affermare che integri l'*hardship* quella situazione in cui, dopo che il rapporto sia già sorto e comunque prima che le prestazioni siano eseguite, si verifichi un evento che alteri in maniera significativa²⁸¹ l'equilibrio tra le prestazioni convenute.

È di tutta evidenza che se una prestazione è già stata eseguita, il contraente non potrà invocare alcuna sopravvenienza. Laddove, invece, vi sia stato un adempimento parziale, la sopravvenienza potrà giustificare l'attivazione del meccanismo di riequilibrio soltanto per quella parte di prestazione ancora da eseguirsi²⁸².

L'evento tipico è quello che provoca un aumento dell'onerosità della prestazione a cui è tenuta una delle parti, che generalmente sarà quella che deve eseguire una

²⁷⁸ Vedasi l'art. 6.2.1, indicativamente rubricato *Contract to be observed*: «[w]here the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.».

²⁷⁹ Ed anche nell'ambito del meccanismo di rinegoziazione attivabile in caso di *hardship* all'art. 6.2.3, secondo comma, si prevede, come si vedrà meglio in seguito, che il sol fatto di aver richiesto la rinegoziazione del rapporto non può giustificare chi abbia formulato tale istanza a trattenere la prestazione a cui è obbligato. Nel commento all'art. 6.2.3, p. 225, si legge: «[t]he reason for this lies in the exceptional character of hardship and in the risk of possible abuses of the remedy. Withholding performance may be justified only in extraordinary circumstances.».

²⁸⁰ L'art. 6.2.2, rubricato *Definition of hardship*, così recita: «[t]here is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.».

²⁸¹ Nel commento all'art. 6.2.2, pp. 218-219, è specificato che l'evento deve superare una certa soglia di incidenza sul rapporto per giustificare l'applicazione del meccanismo e per valutare ciò non potrà farsi altro che valutare le circostanze del caso concreto: «[s]ince the general principle is that a change in circumstances does not affect the obligation to perform (see Article 6.2.1), it follows that hardship may not be invoked unless the alteration of the equilibrium of the contract is fundamental. Whether an alteration is "fundamental" in a given case will of course depend upon the circumstances.».

²⁸² Infatti nel commento all'art. 6.2.2, p. 221, è chiarito che «[i]f the fundamental alteration in the equilibrium of the contract occurs at a time when performance has been only partially rendered, hardship can be of relevance only to the parts of the performance still to be rendered.».

prestazione non pecuniaria²⁸³ e che, quindi, non sarà tutelata dall'operatività del principio nominalistico o dalla previa pattuizione di clausole di salvaguardia monetaria.

Altra manifestazione dell'evento può essere una riduzione del valore della prestazione di cui uno dei contraenti è creditore. In linea teorica, ben potrebbe rientrare nel concetto di *hardship* anche la situazione in cui, in dipendenza di un evento sopravvenuto, uno dei contraenti non abbia più alcuna utilità a eseguire o ricevere una prestazione²⁸⁴. Ciò, tuttavia, non significa che si sarà legittimati ad invocare il meccanismo di riequilibrio per la mera variazione della propria percezione circa il valore della prestazione; per apprezzare ciò sarà necessario comunque rifarsi a dei parametri oggettivi.

La norma citata può essere di grande ausilio per l'interprete chiamato all'interno dei confini domestici a confrontarsi sul tema delle sopravvenienze. Infatti, in essa si procede ad un'autentica enucleazione dei caratteri al ricorrere dei quali possa dirsi sussistente una sopravvenienza²⁸⁵.

La sopravvenienza è quell'evento che si verifica dopo il perfezionamento del contratto oppure che, pur verificatosi anteriormente a questo momento, diviene noto alle parti in un tempo successivo (lett. a). Infatti, ove fosse stato già conosciuto dal contraente svantaggiato, questi, con la manifestazione della volontà necessaria per

²⁸³ Nel commento all'art. 6.2.2, p. 219, si legge: «[i]n practice a fundamental alteration in the equilibrium of the contract may manifest itself in two different but related ways. The first is characterised by a substantial increase in the cost for one party of performing its obligation. This party will normally be the one who is to perform the non-monetary obligation. The substantial increase in the cost may, for instance, be due to a dramatic rise in the price of the raw materials necessary for the production of the goods or the rendering of the services, or to the introduction of new safety regulations requiring far more expensive production procedures.».

²⁸⁴ Come chiarito nel commento all'art. 6.2.2, p. 219, ove si fanno i seguenti esempi: «[t]he performance may relate either to a monetary or a non-monetary obligation. The substantial decrease in the value or the total loss of any value of the performance may be due either to drastic changes in market conditions (e.g. the effect of a dramatic increase in inflation on a contractually agreed price) or the frustration of the purpose for which the performance was required (e.g. the effect of a prohibition to build on a plot of land acquired for building purposes or the effect of an export embargo on goods acquired with a view to their subsequent export).».

²⁸⁵ Resta fermo che quelle contenute nei principi Unidroit sono regole generali, che ammettono un adattamento rispetto al caso concreto, qualora i contraenti lo ritengano necessario. Vedasi in proposito il commento all'art. 6.2.2, p. 222: «[t]he definition of hardship in this Article is necessarily of a rather general character. International commercial contracts often contain much more precise and elaborate provisions in this regard. The parties may therefore find it appropriate to adapt the content of this Article so as to take account of the particular features of the specific transaction.».

arrivare all'accordo, avrebbe tenuto un comportamento incompatibile con la successiva attivazione del meccanismo di riequilibrio.

Inoltre, la sopravvenienza deve possedere il carattere della tendenziale imprevedibilità, nel senso che la parte danneggiata, che, quindi, beneficerà del riequilibrio previsto dal meccanismo legislativo, non doveva essere in condizione di prefigurarsi il suo accadimento (lett. b). La sopravvenienza può considerarsi imprevedibile anche quando abbia iniziato ad originarsi prima del perfezionamento del contratto, ma dopo la sua conclusione si sia sviluppata in maniera imprevedibile²⁸⁶.

A maggiore specificazione di quanto da ultimo evidenziato, si precisa che la sopravvenienza deve anche connotarsi come evento che non può essere soggetto al controllo dei contraenti (lett. c) ed, infine, com'è ovvio che sia, la parte svantaggiata non deve aver assunto su di sé il rischio della sopravvenienza, non potendosi altrimenti giustificare la regola di riequilibrio (lett. d). Ciò non deve essere accaduto né in forma espressa con un'apposita clausola di assunzione del rischio, né in forma implicita, come si potrebbe desumere dalla natura del contratto, si faccia il caso di un contratto aleatorio.

Il meccanismo volto a consentire un superamento dell'*hardship* che sia quanto più possibile indolore per le parti è individuato dall'art. 6.2.3 nella rinegoziazione. Ciò comporta che colui il quale non è danneggiato dalla sopravvenienza – da cui magari, anzi, trae un vantaggio – è tenuto a tentare di raggiungere un nuovo accordo al fine di andare incontro alle esigenze di chi abbia subito un nocimento dall'evento, ove questi richieda la rinegoziazione del contratto²⁸⁷. Questi, infatti, è titolare di un autentico diritto alla rinegoziazione, che potrà esercitare anche se il contratto nulla

²⁸⁶ Si legge nel commento all'art. 6.2.2, lett. b, p. 220: «[i]f the change began before the contract was concluded, hardship will not arise unless the pace of change increases dramatically during the life of the contract.».

²⁸⁷ Si riporta di seguito il testo dell'art. 6.2.3, rubricato *Effects of hardship*: «(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.».

dice sul punto, purché nel rispetto di alcuni oneri²⁸⁸. Risulta infatti evidente che la norma a poco servirebbe se fosse necessaria una clausola che prevedesse tale diritto²⁸⁹.

Il sistema della gestione delle sopravvenienze delineato dalla norma in commento è tutto imperniato sulla clausola di buona fede, anche se ad essa non fa espresso riferimento, se non nel commento ufficiale²⁹⁰. La buona fede dovrà connotare il comportamento di ambo le parti, sin dal momento in cui quella svantaggiata attiva il meccanismo. Si assiste, dunque, in ambito internazional-privatistico, al pari di quanto accade nell'ordinamento interno²⁹¹, ad una valorizzazione della regola di buona fede, che, come si è già avuto modo di vedere, è fondamentale anche nella ricostruzione dello *ius variandi*.

Di questo meccanismo l'aspetto che di sicuro provoca il disorientamento del giurista italiano²⁹² non è tanto il diritto alla rinegoziazione, al quale la dottrina negli

²⁸⁸ I principi chiariscono pure che il titolare del diritto è tenuto ad attivarsi il prima possibile dopo che la sopravvenienza si è verificata. La circostanza che questi tardi nel chiedere la rinegoziazione non è un fattore che potrebbe impedirgli di ottenerla, tuttavia un ritardo potrebbe aggravare la sua posizione. Inoltre, la parte svantaggiata, nel momento in cui formula la richiesta di rinegoziazione, deve allegare le circostanze che la legittimano, altrimenti si considera *tamquam non esset*, salva l'ipotesi in cui si tratti di circostanze note.

²⁸⁹ Infatti, nel commento all'art. 6.2.3, pp. 223-224, si afferma che «[a] request for renegotiations is not admissible where the contract itself already incorporates a clause providing for the automatic adaptation of the contract (e.g. a clause providing for automatic indexation of the price if certain events occur). [...] However, even in such a case renegotiation on account of hardship would not be precluded if the adaptation clause incorporated in the contract did not contemplate the events giving rise to hardship.».

²⁹⁰ Commento all'art. 6.2.3, p. 225: «[a]lthough nothing is said in this Article to that effect, both the request for renegotiations by the disadvantaged party and the conduct of both parties during the renegotiation process are subject to the general principle of good faith and fair dealing (see Article 1.7) and to the duty of cooperation (see Article 5.1.3). Thus the disadvantaged party must honestly believe that a case of hardship actually exists and not request renegotiations as a purely tactical manoeuvre. Similarly, once the request has been made, both parties must conduct the renegotiations in a constructive manner, in particular by refraining from any form of obstruction and by providing all the necessary information.».

²⁹¹ Si rinvia in proposito agli scritti in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, nonché a quello di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, pp. 1486 ss.

²⁹² F. GALGANO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 549, a proposito di questa norma scrive: «ciò a cui nessun diritto nazionale era arrivato, quanto meno in Occidente, è l'ulteriore rimedio che consiste nel potere del giudice di "modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio" (art. 6.2.3, comma 4, lett. b). L'equità correttiva diventa, in questo modo, una regola generale, operante sia per correggere lo squilibrio originario del contratto, sia per ripristinare l'equilibrio successivamente alterato. La libertà contrattuale resta un valore fondamentale, espresso dall'art. 1.1; ma è una libertà

ultimi anni rivolge spesso la propria attenzione, quanto il potere riconosciuto al giudice, laddove le parti non addivengano ad un accordo. Infatti, una volta accertato il ricorrere di una sopravvenienza, questi dovrà valutare se sia più opportuna la risoluzione del contratto oppure la sua modifica ad opera del giudice stesso *to restoring its equilibrium*²⁹³.

Più nello specifico, laddove il tavolo della rinegoziazione non porti entro tempi ragionevoli²⁹⁴ ad un risultato concreto, ciascuna delle parti è legittimata a chiedere l'intervento del giudice. Qualora questi si orienti per l'intervento sul rapporto, senza risolverlo, dovrà cercare di ripartire le perdite tra tutte le parti, non soltanto su quella svantaggiata²⁹⁵.

che, per *lex mercatoria*, trova limite in altri valori, quali la buona fede e la correttezza nel commercio internazionale, alla cui violazione la *lex mercatoria* reagisce con la sostituzione autoritativa del contratto equo al contratto voluto dalle parti.».

²⁹³ In realtà, a leggere il commento all'art. 2.2.3., p. 226, risulta che al giudice, anche se in via subordinata, è data una terza alternativa. Laddove, infatti, non sia opportuno né sciogliere il vincolo contrattuale, né intervenire su di esso, può invitare le parti ad una ripresa della rinegoziazione: «[t]he circumstances may even be such that neither termination nor adaptation is appropriate and in consequence the only reasonable solution will be for the court either to direct the parties to resume negotiations with a view to reaching agreement on the adaptation of the contract, or to confirm the terms of the contract as they stand.».

²⁹⁴ Anche in questo caso si pone una regola elastica, che rimanda alle peculiarità della fattispecie concreta. Si legge infatti nel commento all'art. 6.2.3, p. 225: «[h]ow long a party must wait before resorting to the court will depend on the complexity of the issues to be settled and the particular circumstances of the case.».

²⁹⁵ Si noti la contiguità tra il meccanismo delineato dai principi Unidroit e quello elaborato dalla Commissione Lando, il cui art. 6:111, rubricato *Change of circumstances*, che così recita: «(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.».

Come si evince da quanto riportato, la norma in questione, a differenza di quella contenuta nei principi Unidroit, riconosce il diritto di chiedere il risarcimento del danno quando la controparte si rifiuti di sedersi al tavolo delle trattative per la rinegoziazione o comunque, pur avendole avviate, le interrompa con un comportamento contrario ai canoni della correttezza e della buona fede. Per un approfondimento su questa norma si rinvia a F. MACARIO, *Commento all'art. 6:111 PECL*, in L.

10. Conclusioni

L'analisi dei profili genetici e statici relativi allo *ius variandi* consente di trarre alcune conclusioni, le quali fungeranno da premessa per l'indagine circa il suo profilo dinamico, che sarà condotta nell'ultimo capitolo del presente scritto.

Attraverso un'analisi di sistema che ha coinvolto le categorie di oggetto del contratto, sua determinabilità, arbitraggio del terzo e di parte, si è tentato di dimostrare come non sia estraneo all'ordinamento che l'autonomia privata si espliciti nel senso di consentire ad una parte del rapporto contrattuale di realizzare una vicenda modificativa della prestazione. Infatti, il pur fondamentale principio dell'intangibilità della sfera giuridica altrui, su cui molto fanno leva i detrattori dello *ius variandi*, non può semplicisticamente essere addotto per negare la patente di validità alla clausola che contempra uno *ius variandi* pattizio atipico.

Si badi che ciò non significa ignorare l'esigenza di tutela del contraente più debole esposto alle variazioni unilaterali, che anzi ritorna in primo piano riconoscendo la necessità di apprestare dei limiti ben precisi al potere.

Il consenso iniziale, infatti, non potrebbe mai essere sufficiente da solo a giustificare un potere di modifica unilaterale che sia incondizionato, visto che di certo in questo ambito non può trovare applicazione il principio espresso dal brocardo *volenti non fit iniuria*.

D'altronde, a conferma dell'ammissibilità dello *ius variandi* pattizio atipico, c'è un altro principio acquisito nell'ordinamento e cioè che debba escludersi la nullità di un diritto potestativo quando il suo dinamismo è regolato in funzione di tutela di chi si trova in una posizione di soggezione. Dunque, riprendendo autorevole dottrina, il problema non è tanto quello dell'*an* dello *ius variandi*, bensì quello del suo *quomodo*²⁹⁶.

Si sono così poste le basi per entrare nel merito di questioni connesse all'esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto, che hanno cominciato più volte a ritornare in queste pagine dedicate alla clausola di *ius variandi* in senso stretto. A

ANTONIOLLI – A VENEZIANO (a cura di), *Principles of European Contract Law and Italian Law, A Commentary*, L'Aja, 2005, pp. 312 ss.

²⁹⁶ S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità*, cit., p. 2903.

voler semplificare, risultano essere tre gli aspetti che sono emersi e che necessitano di un approfondimento nelle pagine che seguono.

Il primo aspetto è quello del ruolo rivestito dal *giustificato motivo*. Lo *ius variandi*, infatti, è potere *discrezionale*, ma non *arbitrario*, proprio perché necessita del supporto di un giustificato motivo quando viene esercitato, che evita di realizzare un esercizio abusivo del diritto, che sarebbe in contrasto gli artt. 2 e 3 Cost. e con il principio di buona fede. Il giustificato motivo, anzi, assurge a regola generale di conformazione del potere alla buona fede²⁹⁷.

Se il primo aspetto concerne di più chi del potere è titolare, gli altri due, invece, riguardano maggiormente la parte in posizione di soggezione. Questi, infatti, avrà un interesse a reagire alla modifica unilaterale e gli strumenti che possono venire in rilievo in questi casi sono due: il recesso e le impugnative degli atti di esercizio del potere.

Quanto alla tematica del recesso, tra le varie questioni è forse quella più problematica, in quanto poco indagata. Non si tratta semplicemente di indagare il suo funzionamento, ma, a monte, di comprendere se esso sia indissolubilmente legato allo *ius variandi*, fino a potersi ipotizzare di considerare nulla la clausola che contempra il potere, ma senza porlo in abbinamento con il diritto di recesso di chi subisca la modifica.

A questi aspetti innanzi messi in evidenza è dedicato il capitolo che segue.

²⁹⁷ Riprendendo sempre S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità*, cit., p. 2904, che così efficacemente sintetizza, si può affermare che «[...] si viene a formalizzare una regola che può riassumersi nei termini che seguono: ammissibilità di un potere di modificazione cui si accompagnano delle obiettive circostanze giustificative; specifica formulazione di queste; ottemperanza a modalità esecutive (il riferimento e a un congruo preavviso) idonee a garantire l'interesse del soggetto passivo. In altri termini: validità (e piena efficacia) di uno *jus variandi* che si muova in un contesto di tipo relazione; di uno *jus variandi* che si caratterizzi per l'essere discrezionale e non, invece, arbitrario.».

CAPITOLO III

LO IUS VARIANDI NEI SUOI PROFILI DINAMICI

SOMMARIO: 1. Premessa 2. L'atto di esercizio dello *ius variandi* come atto negoziale unilaterale recettizio. Le conseguenze dell'applicabilità dell'art. 1324 c.c. 3. Gli effetti dell'atto di esercizio dello *ius variandi* 4. Il contenuto dell'atto di esercizio dello *ius variandi*. L'impossibilità di impiegare lo *ius variandi* per introdurre nel contratto clausole nuove 5. Il problema della riconducibilità allo *ius variandi* delle variazioni *in melius* 6. La forma dell'atto di esercizio dello *ius variandi* 7. L'ammissibilità di una modifica unilaterale frutto di un comportamento concludente 8. I limiti all'esercizio dello *ius variandi*: il giustificato motivo, categoria elastica, espressione del principio di buona fede 9. Il sindacato sul giustificato motivo. Il ruolo svolto dall'Arbitro Bancario Finanziario nella definizione del giustificato motivo con riguardo allo *ius variandi* bancario 10. *Ius variandi* e recesso: una combinazione necessaria? 11. La clausola di *ius variandi* meramente potestativo e il diritto di recesso 12. I profili strutturali della modifica in caso di combinazione dello *ius variandi* al diritto di recesso

1. Premessa

Le pagine precedenti sono state impiegate nell'intento di dimostrare come sia possibile riconoscere la legittimità di una pattuizione che, senza ricollegarsi alla legge, né direttamente, né in via analogica, attribuisca ad uno dei contraenti un potere di modifica unilaterale del contratto, cd. *ius variandi pattizio atipico*; di conseguenza se ne sono indagati i limiti che incontra l'autonomia privata nella sua delineazione. Si sono poste, dunque, le premesse per un'analisi dei profili che possono definirsi *dinamici* dell'istituto dello *ius variandi*, *i.e.* quegli aspetti che concernono il potere nel suo concreto operare e che, quindi, ruotano intorno alla sua manifestazione fenomenica: l'atto di esercizio dello *ius variandi*, principale oggetto di analisi nel presente capitolo.

L'importanza di tali aspetti dell'istituto può facilmente cogliersi già solo rilevando come la riflessione sullo *ius variandi* si sia originata proprio a partire da dispute

concernenti il suo esercizio nell'ambito di ipotesi di modifica unilaterale tipiche; tali questioni, eminentemente pratiche, hanno costituito terreno fecondo per riflessioni di più ampio respiro, soprattutto da parte della dottrina più moderna, e con importanti riflessi di sistema.

Innanzitutto giova premettere che le questioni riguardanti il potere di modifica unilaterale considerato nel suo dinamismo sono tendenzialmente comuni, tranne che per le eccezioni che si diranno appresso, tanto ai casi in cui il potere è contemplato da una specifica norma di legge che lo regola, quanto a quelli in cui, invece, esso trova la sua fonte nell'autonomia privata.

Come già si è evidenziato *supra*, centrale in questa prospettiva d'indagine è l'atto con cui si esercita il potere di modifica unilaterale del contratto. Passandosi dalla mera attribuzione astratta dello *ius* ad uno dei contraenti alla sua concretizzazione, si pongono questioni che si presentano inevitabilmente un'interferenza con il momento attributivo del potere, ma sono sostanzialmente nuove. Così, ad esempio, il tema del giustificato motivo a sostegno della variazione, se sicuramente riguarda già il momento attributivo dello *ius variandi* – in quanto già nella predisposizione della clausola le parti potrebbero esplicitare la necessità della ricorrenza di tale presupposto, quale limite a tutela del contraente in posizione di soggezione –, rappresenta un tema che acquista un significato del tutto nuovo quando si considera il potere nel suo dinamismo. Infatti, soltanto nella concretizzazione del potere si viene a porre il problema di cosa debba intendersi per *giustificato motivo*, della perimetrazione delle ipotesi che possono rientrarvi e di quelle che, invece, ne rimangono estranee, delle modalità della sua estrinsecazione, del sindacato giudiziale sullo stesso, oltre a molteplici altre questioni, che, nella staticità della mera attribuzione astratta del potere, non si potevano apprezzare.

L'analisi dei profili dinamici dello *ius variandi* sarà condotta nelle pagine che seguono in due momenti. Innanzitutto si intendono analizzare i caratteri fondamentali dell'atto di esercizio dello *ius*, seguendo quella che è un'impostazione tradizionale nella disamina di un negozio giuridico. Se ne indagheranno, quindi, struttura, effetti, causa, oggetto, forma. Nella seconda parte, invece, è intenzione di concentrarsi sull'aspetto che pare quello più problematico di tutta la trattazione: l'individuazione

dei limiti che il potere incontra nel suo esercizio, alla luce delle linee evolutive a cui l'ordinamento italiano è andato incontro negli ultimi anni.

2. L'atto di esercizio dello *ius variandi* come atto negoziale unilaterale recettizio. Le conseguenze dell'applicabilità dell'art. 1324 c.c.

Nel capitolo precedente, nel quale si è indagata la natura dello *ius variandi*, si è pervenuti alla conclusione che esso altro non sia che un *diritto potestativo modificativo*, correlato dunque ad una *posizione di soggezione* in cui si trova il contraente che può subire la modifica del rapporto. Questi, tuttavia, è anche titolare di una situazione soggettiva attiva, in quanto portatore di un *interesse al corretto esercizio del potere*. L'atto frutto dell'esercizio di tale diritto potestativo pone diversi problemi di inquadramento sistematico, che è bene analizzare tenendo presenti le specificità delle diverse situazioni giuridiche attive e passive che vengono in rilievo nel prodursi della vicenda modificativa.

Un'ulteriore premessa pare necessaria. L'analisi dei caratteri dell'atto di esercizio dello *ius variandi* pare doversi condurre non soltanto alla luce della situazione soggettiva peculiare che tramite esso si aziona, ma anche tenendo presente che bisogna rifuggire dall'idea di diversificare le varie manifestazioni di esercizio del potere a seconda del settore di riferimento; infatti, nonostante i pur innegabili tratti differenziali con cui esse si concretano, soprattutto dipendenti dalla discrezionalità riconosciuta al titolare del potere, che fa assumere all'atto contenuti variabili²⁹⁸, pare potersi condurre un'indagine per ricostruire unitariamente l'atto di esercizio dello *ius variandi*.

Il primo carattere dell'atto di esercizio dello *ius variandi* da mettere in evidenza è l'*unilateralità*. Ciò significa che si è innanzi ad un *atto unilaterale*, *i.e.* ad una manifestazione unilaterale di volontà²⁹⁹. Trattasi, per la verità, di un carattere di facile ricognizione e comprensione, tenendo conto che per mezzo di tale atto si esercita un diritto potestativo, il quale per sua natura sottende una vicenda

²⁹⁸ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 171.

²⁹⁹ Il che, com'è ovvio, vale pure ad escludere che trattasi di un fatto giuridico, ossia di un accadimento naturale, come tale indipendente dalla volontà dell'uomo.

unilaterale, che, nel caso di specie, consiste in una variazione unilaterale del rapporto contrattuale *in executivis*³⁰⁰.

In considerazione di quanto riferito, non è mancato chi abbia visto nello *ius variandi* un istituto di semplificazione dei mezzi giuridici per la sistemazione degli interessi delle parti di un rapporto contrattuale³⁰¹. D'altronde, non mancano i casi in cui l'ordinamento consente che un certo effetto giuridico possa realizzarsi attraverso una manifestazione di volontà unilaterale, in una situazione in cui l'apporto volitivo dell'altra parte è del tutto superfluo. Sufficiente a tale proposito è il rinvio all'istituto della remissione del debito ex art. 1236 c.c.

L'unilateralità dell'atto fornisce un'indicazione di non poco conto circa il *successo* dell'istituto. Infatti, è proprio il carattere unilaterale a permettere un intervento sul rapporto per modificarlo più rapido di quanto si potrebbe fare se ci si dovesse sforzare di ricercare un accordo con la controparte. Vista questa esigenza di tempestività dell'intervento sul rapporto contrattuale, pare contraddittorio, se non proprio illogico, arrivare ipotizzare una struttura concordata del negozio di esercizio, dovendosi dunque scartare una tale ipotesi ricostruttiva.

Al fine di pervenire all'opposta conclusione circa il carattere bilaterale dell'atto, non pare corretto attribuire rilevanza all'assenso preventivo alla variazione prestato dal contraente in posizione di soggezione. Si potrebbe infatti pensare che la volontà dell'atto di esercizio dello *ius variandi* si vada fondere con il consenso precedentemente prestato dalla controparte al momento dell'adesione alla clausola attributiva del potere.

³⁰⁰ B. CARPINO, *Voce Diritti potestativi*, cit., p. 9; M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 172. L'Autrice, in particolare, mette in luce un ulteriore vantaggio dell'unilateralità della struttura degli atti di esercizio dello *ius variandi*. Ella, infatti, sottolinea che «la presenza di una parte apparentemente "superflua" ai fini della formazione del negozio, garantendo l'adesione preventiva all'atto degli eventuali controinteressati, potrebbe scongiurare la nascita di un contenzioso sulla patologia negoziale, sui vizi eventualmente insiti nei presupposti della dichiarazione negoziale e, in genere, impedire il sorgere di contestazioni, in un certo senso, favorendo la correttezza delle contrattazioni e la definitività degli effetti» (pp. 174-175, in nota). L'Autrice, dunque, pare ricollegare alla struttura unilaterale un effetto deflattivo del contenzioso, sul quale, tuttavia si ritiene di dissentire. Non pare infatti scontato che la controparte che subisce l'atto resti inerte, anzi, ella è legittimata a sindacare la modifica sotto molti più profili di quanto accadrebbe ove la modifica fosse concordata. Basti soltanto pensare alle censure che potrebbero muoversi rispetto al rispetto del canone della buona fede da parte del titolare del potere, di certo prive di senso ove si fosse pervenuti ad un accordo modificativo.

³⁰¹ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 140.

Tuttavia, a ben vedere, quella manifestazione di volontà, pur rilevante per giustificare la deroga al principio della relatività delle sfere giuridiche tra consociati, non pare in grado di incidere sul profilo strutturale dell'atto di esercizio dello *ius variandi*, restando allora rilevante unicamente per il momento genetico della clausola attributiva del potere unilaterale di modifica³⁰².

Altro carattere da evidenziare, insieme all'unilateralità, è la recettizietà. La regola per cui gli atti unilaterali di esercizio dello *ius variandi* possono produrre i loro effetti soltanto nel momento in cui sono portati a conoscenza del soggetto in posizione di soggezione rispetto al potere costituisce un'applicazione della regola generale contenuta all'art. 1334 c.c.; inoltre, si ritiene che possa trovare di certo applicazione anche il principio desumibile dall'art. 1335 c.c.: l'atto deve reputarsi conosciuto dal soggetto in posizione di soggezione nel momento in cui esso giunge al suo indirizzo, potendosi vincere tale presunzione soltanto se questi riesca a provare di essere stato senza colpa nell'impossibilità di averne notizia³⁰³.

La recettizietà si pone come strumento di bilanciamento dell'unilateralità: essa è funzionale a far sì che la parte in posizione di soggezione prenda conoscenza dell'atto, proprio in considerazione della circostanza che a quest'ultima alcun apporto volitivo è richiesto per il prodursi dell'effetto modificativo³⁰⁴. Ne deriva, dunque, che si potrà prescindere da un'attività notificativa dell'atto di esercizio dello *ius variandi* soltanto qualora esso sia stato posto in essere in una situazione in cui il contraente in posizione di soggezione si trovava in una condizione tale da poterne avere una conoscenza diretta, poiché in questa evenienza la notifica dell'atto si rivelerebbe superflua.

Il Legislatore, nel codificare ipotesi di *ius variandi* di settore, ha spesso enfatizzato proprio tale carattere rispetto ad altri. Tra le tante, si segnalano: la

³⁰² Molto esplicita su questo aspetto è M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 173, le cui considerazioni si fanno proprie. L'Autrice chiude drasticamente ad una ricostruzione in termini di bilateralità della vicenda modificativa scaturente dall'atto di esercizio del potere di modifica unilaterale così argomentando: «[a]nche nei casi di attribuzione dello *ius variandi* in forma negoziata, difatti, la manifestazione unilaterale di volontà del titolare è necessaria e sufficiente di per sé a realizzare nel modo più efficace l'interesse alla modifica per il quale il potere è conferito (in un'ottica dunque funzionale); così che la ricostruzione della fattispecie in termini di trasformazione del negozio esplicativo dello *ius variandi* (originariamente) unilaterale in negozio a schema bilaterale (a consenso anticipato) non sembra trovare alcuna giustificazione e fondamento».

³⁰³ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 150.

³⁰⁴ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 177.

procedimentalizzazione cui si è pervenuti in tema di *ius variandi* bancario ex art. 118, secondo comma, t.u.b., presidiata dalla sanzione dell'inefficacia delle modifiche non comunicate al cliente ritualmente (art. 118, terzo comma, t.u.b.); quanto previsto dall'art. 39 cod. tur. in tema di comunicazione della revisione del prezzo da parte dell'organizzatore e dall'art. 40 cod. tur. per le modifiche del pacchetto turistico di scarsa importanza; l'art. 70 del codice delle comunicazioni elettroniche in tema di *ius variandi* nei contratti di servizi di comunicazione elettronica³⁰⁵.

Se non sussistono dubbi nell'affermare la struttura unilaterale ed il carattere recettizio dell'atto di esercizio dello *ius variandi*, maggiore prudenza occorre per qualificarlo come negozio giuridico piuttosto che come atto giuridico in senso stretto, in quanto trattasi di questione controversa³⁰⁶.

A ben vedere, per sciogliere il dubbio pare sufficiente un'analisi meramente induttiva, la quale non può non portare a rilevare come colui che eserciti il potere di modifica unilaterale del contratto pone in essere un comportamento scientemente diretto alla realizzazione della modifica del rapporto. Si ritiene, quindi, che si sia innanzi ad un autentico negozio giuridico³⁰⁷.

D'altronde in molti casi il titolare del potere si vede demandata dalla sua fonte attributiva una discrezionalità circa l'*an* e l'oggetto della modifica ed una tale discrezionalità si può spiegare unicamente con un atto dalla natura negoziale. Né in contrario potrebbe obiettarsi che in molte fattispecie di legge, nonché in molte

³⁰⁵ Si rinvia al primo capitolo del presente lavoro, in cui tali norme hanno costituito oggetto di analisi.

³⁰⁶ A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 17, pare ritenere nient'affatto problematico l'inquadramento negoziale, liquidando il problema in poche battute, tenuto conto che la natura negoziale degli atti di esercizio di un diritto potestativo viene accolta dalla maggior parte della dottrina. *Contra* G. IORIO, *Le clause*, cit., p. 140: quest'ultimo Autore precisa che quando la dichiarazione non possiede un'efficacia modificativa è da escludersi la natura negoziale. Fa in proposito l'esempio della parte creditrice che indichi alla controparte il luogo o il tempo in cui la stessa dovrà eseguire la prestazione, laddove il contratto lasci una tale determinazione ad uno dei contraenti (pp. 142-143).

³⁰⁷ Come sostiene M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., pp. 166-167, la quale scrive «[...] non sembra potersi revocare in dubbio la natura negoziale (unilaterale) degli atti di esercizio dello *ius variandi*, frutto della libera scelta del loro autore, fonte autonoma di effetti modificativi caratterizzati da una particolare forza innovativa, regolata dagli interessi delle parti, incidente in senso innovativo sul rapporto preesistente». L'Autrice, tuttavia, ha cura di precisare che la natura negoziale degli atti di esercizio del potere unilaterale di modifica «si attegga in modo del tutto peculiare e assume connotazioni proprie, in ragione delle strette connessioni che gli stessi [atti] presentano, per un verso, col potere che vengono ad attuare e, per l'altro, con il preesistente (e persistente) rapporto bi o plurilaterale oggetto del mutamento».

applicazioni dell'istituto da parte dell'autonomia privata, si assista ad una circoscrizione di tale discrezionalità a determinate ipotesi, al ricorrere delle quali l'atto di esercizio viene consentito. È evidente, infatti, che anche in questi casi – che a ben vedere oggi sono la maggioranza – il titolare dello *ius variandi*, per quanto non possa agire quando meglio crede, è libero di scegliere se compiere l'atto o meno, e, quando si attiva, pone in essere un atto che non presenta alcuna differenza dai casi in cui la sua discrezionalità sia più ampia³⁰⁸.

La conseguenza principale di tale ricostruzione dell'atto di esercizio dello *ius variandi* come atto unilaterale tra vivi dal contenuto patrimoniale è l'applicabilità ad esso dell'art. 1324 c.c. e, per il suo tramite, delle norme sul contratto nei limiti della compatibilità. Da ciò discende ulteriormente che all'atto di esercizio dello *ius variandi* potranno applicarsi le norme in tema di incapacità e quelle riguardanti i vizi del consenso.

Ciò rappresenta un'importante garanzia non soltanto per il titolare del potere, ma soprattutto per la controparte in una posizione di soggezione³⁰⁹, la quale, si immagini, potrebbe subire gli effetti di un atto posto in essere dalla controparte in condizioni di incapacità o viziato da errore, e che potrà così sperare nel suo annullamento. L'annullamento, com'è evidente, non potrà mai investire l'intero rapporto, ma soltanto gli effetti dell'atto che su di esso viene ad incidere. Pare invece più difficile ipotizzare che chi intenda esercitare un atto di esercizio dello *ius variandi* agisca con dolo o con violenza morale³¹⁰.

La natura negoziale dell'atto di esercizio dello *ius variandi* apre poi ad una serie di questioni che attengono al requisito della capacità legale che deve necessariamente possedere il suo titolare per un valido compimento dell'atto. In particolare, per la

³⁰⁸ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 142; M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 167, la quale osserva che nei casi di discrezionalità limitata «[...] la modifica è pur sempre da ricondurre alla libera volontà del titolare, che, attraverso la decisione circa l'esercizio del potere modificativo, persegue un preciso intento di variazione del programma contrattuale, ricomponendo, in quel momento, un nuovo assetto (in senso modificativo) degli interessi, con le relative conseguenze sul piano della natura dell'atto di esercizio».

³⁰⁹ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 141.

³¹⁰ Tale atto produce un effetto vantaggioso per chi lo pone in essere, il quale, dunque, non ha bisogno di questi mezzi per conseguire un effetto a lui favorevole, già connaturale all'atto che pone in essere. Si potrebbe al contrario ipotizzare che il contraente in posizione di soggezione rispetto all'esercizio del potere agisca con dolo sul titolare dello *ius variandi* al fine di farlo astenersi dal realizzare una variazione del rapporto.

rilevanza che ha assunto nell'ordinamento, in linea con lo spirito della riforma che ne ha portato all'introduzione, si sono indagati i rapporti tra lo *ius variandi* e quella pregevole misura di protezione dell'incapace che è oggi l'amministrazione di sostegno.

Il primo problema che si pone è se possa nominarsi un amministratore di sostegno per porre in essere un atto di esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto. Vista la tendenza dell'ordinamento ad ampliare gli ambiti applicativi dell'istituto, in parte giustificata dall'ampia formula utilizzata dalla legge per delineare i presupposti dell'amministrazione di sostegno (art. 404 c.c.)³¹¹, non pare che si possa negare una nomina funzionale a ciò.

L'ipotesi è quella di un soggetto che sia parte di un contratto che gli riconosce uno *ius variandi* e che, successivamente alla stipula, sia divenuto incapace. Negare la possibilità di ottenere la nomina di un amministratore di sostegno significherebbe frustrare lo *ius variandi* di questo soggetto. Si potrebbe tanto immaginare che il giudice tutelare conferisca all'amministratore di sostegno i poteri necessari in relazione ad un singolo atto di esercizio del potere, quanto che lo abiliti ad esercitarlo ogni qual volta si riveli necessario³¹².

Altra situazione è quella, inversa rispetto alla precedente, in cui il soggetto sia già incapace al tempo della stipula del contratto, che, quindi, viene perfezionato per il tramite di un amministratore di sostegno. Sorge il problema se questi sia anche abilitato ad esercitare in nome e per conto del beneficiario della misura di protezione lo *ius variandi* che gli compete.

Potrebbe innanzitutto ritenersi che l'attribuzione del potere rappresentativo contenuta nel decreto del giudice tutelare, che ha consentito all'amministratore di sostegno di stipulare il contratto, comprenda pure il potere di porre in essere gli atti di esercizio dello *ius variandi* che dovessero rendersi necessari in costanza di rapporto, secondo la logica per cui nel più è anche ricompreso il meno. Tuttavia, in

³¹¹ Tra i numerosi studi sull'amministrazione di sostegno che hanno affrontato la questione si rimanda a quelli di: G. BONILINI - A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007; E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004; S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 29 ss.; M. DOSSETTI - M. MORETTI - C. MORETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004; S. PATTI, *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005.

³¹² G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 143.

considerazione della *ratio* ispiratrice della legge che ha introdotto l'amministrazione di sostegno, che è quella di limitare il meno possibile l'autonomia del beneficiario della misura di protezione, pare più corretto ritenere che il beneficiario sia ammesso da solo a compiere gli atti di esercizio del potere di modifica unilaterale, salvo che il giudice tutelare non abbia espressamente escluso ciò, attribuendo all'amministratore di sostegno non soltanto il potere di perfezionare il contratto, ma anche quello di valutare volta per volta il compimento delle variazioni unilaterali³¹³.

3. Gli effetti dell'atto di esercizio dello *ius variandi*

Nel capitolo precedente si è messo in evidenza che lo *ius variandi* realizza una vicenda modificativa del rapporto giuridico, chiarendosi la portata di tale espressione. Se non vi sono dubbi circa il prodursi della vicenda modificativa, mentre controversa è la sua ampiezza, quando si passa ad analizzare su di un piano più concreto il potere unilaterale di modifica nel suo manifestarsi in un atto di esercizio dello *ius variandi*, inevitabilmente si è posti innanzi all'interrogativo circa il rapporto tra tale atto ed il contratto sul quale esso intende incidere. In particolare, si tratta di comprendere se il potere concretamente esercitato espliciti i suoi effetti unicamente sul rapporto in essere oppure se esso incida anche sul titolo, *i.e.* sul negozio.

Il tema, peraltro, è stato poco indagato negli studi specificamente dedicati allo *ius variandi*, che si sono principalmente interessati della questione della perimetrazione dell'effetto modificativo, mentre ha trovato maggior spazio nelle trattazioni dedicate ai negozi modificativi in senso lato³¹⁴.

Secondo una prima tesi, l'atto di esercizio dello *ius variandi*, ma più in generale un qualsiasi negozio modificativo, esplicherebbe i propri effetti innanzitutto sul

³¹³ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 143, il quale acutamente osserva che in questi casi l'amministratore sarà onerato di informare il giudice quando il beneficiario intenda esercitare lo *ius variandi*, sì da mettere il giudice nella condizione di intervenire inibendo ciò e sostituendo al beneficiario l'amministratore di sostegno.

³¹⁴ Tra i pochi autori che hanno riflettuto sulla questione riferendola specificamente allo *ius variandi* si segnala ancora una volta M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., pp. 161 ss., a cui, peraltro, si fa rinvio anche per l'indicazione della dottrina che ha indagato la questione in una prospettiva non specialistica.

negozio originario. La volontà di colui che ponga in essere tale atto unilaterale sarebbe innanzitutto quella di incidere sul titolo, mentre questi soltanto indirettamente intenderebbe modificare il rapporto. Inoltre, sempre in questa prospettiva, gli effetti che inevitabilmente devono riscontrarsi anche sul rapporto non sarebbero da ricollegare all'atto di esercizio del potere, ma discenderebbero naturalmente e direttamente dal negozio originario per come modificato³¹⁵.

Invece, secondo la ricostruzione che oggi trova maggiori riscontri in dottrina, gli effetti dell'atto di esercizio dello *ius variandi* non andrebbero in alcun modo ad incidere sulla fonte del vincolo. Tra l'atto modificativo ed il contratto si instaurerebbe un rapporto di collegamento negoziale tale per cui le due esplicazioni dell'autonomia privata concorrerebbero nella regolazione del rapporto. L'atto frutto dell'esercizio del potere unilaterale, dunque, esplicherebbe i suoi effetti direttamente sul rapporto contrattuale, concorrendo con il regolamento negoziale originario e, anzi, superandolo per quelle parti che siano stata interessate dalla variazione, nei limiti in cui ciò sia consentito dalla fonte attributiva dello *ius variandi*³¹⁶.

Un elemento la cui considerazione pare imprescindibile per una riflessione più approfondita sulla tematica in esame e per vagliare entrambe le ricostruzioni su esposte è costituito dal concreto estrinsecarsi dell'atto di esercizio dello *ius variandi*. Si è infatti convinti che degli interessanti spunti di riflessione siano offerti da quanto nella prassi accade. Anticipando le conclusioni delle considerazioni che si stanno per svolgere, si ritiene che la casistica non consente di smentire nessuna delle due ricostruzioni.

Ad esempio, prendendo in considerazione uno degli ambiti in cui trova maggiore applicazione lo *ius variandi*, e cioè quello della contrattualistica bancaria, si può riscontrare che il titolare del potere, che in questo caso è una banca o comunque un intermediario, quando esercita il potere unilaterale di modifica del contratto, inoltra al cliente una missiva, conformemente a quanto prescritto dall'art. 118 T.U.B., a cui viene allegato nella quasi totalità dei casi il contratto emendato dalle parti sostituite a seguito dell'esercizio dello *ius variandi*.

³¹⁵ Tale teoria è stata espressa per la prima volta da G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, pp. 847 ss.

³¹⁶ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., pp. 162-163.

In altri casi, pure molto frequenti, in un'ottica di agevolazione del cliente nella comprensione della variazione, si assiste all'inoltro di una tabella comparativa nella cui prima colonna sono indicate le condizioni originarie, mentre in una seconda vengono riportate quelle frutto della variazione.

Questi due diversi *modus operandi* sembrerebbero confermare quanto afferma la prima ricostruzione esposta e cioè che l'atto di modifica unilaterale esplicherebbe i propri effetti direttamente sul negozio e, per il suo tramite, sul rapporto.

D'altronde, si potrebbe anche ravvisare un ulteriore argomento per sostenere tale meccanismo effettuale: esso ben si spiega per la circostanza che i rapporti interessati dalla variazione sono principalmente dei rapporti di durata, in relazione ai quali, dunque, vi è la necessità di intervenire non soltanto sul singolo momento esecutivo, ma anche di predisporre una regola nuova e certa per il futuro, che i contraenti possano rinvenire facilmente, senza dover combinare insieme diversi atti esplicazione di autonomia privata bilaterale (il contratto) e unilaterale (gli atti di esercizio dello *ius variandi*).

Tuttavia, sempre guardando alla prassi, soprattutto quando il rapporto non è connotato dalla serialità o comunque non è instaurato tra soggetti di diversa forza contrattuale, quanto accade nella prassi rivela che l'atto di esercizio dello *ius variandi* assume la veste di negozio autonomo, non incidente su quello originario. Alla controparte si inoltra l'atto che reca la variazione, che non viene messa in alcun modo in relazione al contratto, né tramite comparazione delle versioni *ante e post* modifica, né presentando il contratto nella sua versione modificata.

Tutto ciò, dunque, parrebbe avvalorare la tesi secondo cui gli effetti modificativi si riverserebbero direttamente sul rapporto e, quanto alla relazione dell'atto di esercizio dello *ius variandi* con il regolamento negoziale, si instaurerebbe un mero collegamento, senza produrre il primo alcuna sua variazione del secondo.

In conclusione, l'analisi *supra* condotta circa il modo concreto in cui si manifestano nella prassi gli atti frutto dell'esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto consente di concludere come non sia necessario voler a tutti i costi prendere una posizione tra le due tesi esposte in apertura, in quanto entrambi i modelli possono rivelarsi idonei a descrivere il meccanismo effettuale dell'atto di

esercizio dello *ius variandi*, a seconda dei tratti che esso viene ad assumere nell'ipotesi concreta presa in considerazione.

4. Il contenuto dell'atto di esercizio dello *ius variandi*. L'impossibilità di impiegare lo *ius variandi* per introdurre nel contratto clausole nuove

Rispetto al contenuto dell'atto di *ius variandi* si sono poste essenzialmente due questioni. La prima attiene se per il suo tramite si possano soltanto andare a modificare le *condizioni economiche* del rapporto interessato dalla variazione oppure se la modifica possa investire anche quelle di altro tipo e, in particolare, quelle che vengono definite come *condizioni regolamentari* o *disciplinari*³¹⁷. Il problema si è posto rispetto ai casi di *ius variandi* normati dal legislatore, in quanto essi impiegavano formule ampie, tali da poterle reputare idonee a ricomprendere ambo gli oggetti. Tuttavia, la questione assume una valenza generale, quando ci si muove in una prospettiva di ricostruzione sistematica del potere, come si sta tentando di fare.

In prima battuta si potrebbe essere tentati di risolvere la questione nel primo senso, in quanto il contenzioso in materia di *ius variandi* concerne essenzialmente condizioni economiche. Partendo da questo dato, si potrebbe anche concludere per l'irrelevanza della questione della modificabilità unilaterale delle condizioni regolamentari.

Tuttavia, il problema può dirsi pacificamente risolto nel senso contrario, cioè quello dell'ammissibilità della variazione unilaterale anche di condizioni non economiche. In particolare, si è acutamente osservato che la sopravvenienza, la quale costituisce presupposto dell'atto di *ius variandi*, potrebbe tanto rendere necessario un intervento di adeguamento sul disciplinare economico del contratto, quanto su quello

³¹⁷ Vedasi in proposito A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 188, il quale definisce le condizioni regolamentari o disciplinari come quelle «[...] condizioni e clausole che non attengono all'entità del corrispettivo dovuto dal debitore, ma, piuttosto, dettano il regolamento di aspetti diversi, come per esempio, quelle che prevedano un termine o una condizione o che regolino le caratteristiche del servizio o del bene offerto». Invece, A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive di un ius variandi*, in A.A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi*, cit., pp. 1 ss., p. 31, ritiene che delle clausole regolamentari non si possa offrire una definizione, essendo possibile definirle soltanto in negativo.

normativo. Le due fattispecie non presenterebbero sostanziali elementi differenziali, dunque, così come si ammettono variazioni di tipo economico, devono anche ammettersi variazioni regolamentari³¹⁸.

Tuttavia, l'argomento che pare decisivo per pervenire alla riferita conclusione è un altro. Si è evidenziato che anche le clausole non economiche rispondono un interesse economico e che molto spesso esse hanno un riflesso economico per i contraenti. Di conseguenza, distinguere tra condizioni economiche e non sarebbe un'operazione classificatoria, che non può fornire alcun aiuto nella delimitazione del perimetro oggettivo dello *ius variandi*, dal momento che, in definitiva, tutte le clausole rispondono ad un interesse economico dei contraenti.

Circa la riferita presa d'atto che contenzioso in materia di modifica unilaterale del contratto non offre casi di variazioni regolamentari, si argomenta che ciò accade perché le modifica che interessano le clausole disciplinari non sono subito percepite dal contraente che le subisce come delle modifiche in grado di tradursi per lui in maggiori oneri. In questo senso può dirsi che la modifica regolamentare è più *subdola* di quella economica, che, immediatamente percepita nella sua portata, induce il cliente a contestarla, generando così il riferito contenzioso³¹⁹.

La seconda delle questioni che più hanno fatto discutere gli studiosi, relativamente al contenuto degli atti di *ius variandi*, è quella concernente la possibilità di introdurre nuove condizioni contrattuali proprio per mezzo di siffatti atti. Ancora una volta è stato l'ambito bancario ad aver rappresentato terreno di emersione della questione. In particolare, è accaduto che, in occasione di interventi restrittivi su alcune voci di costo ad opera del Legislatore o della giurisprudenza – si pensi alle vicende relative

³¹⁸ In tal senso: A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 188, il quale, tuttavia, ritiene che sia ravvisabile nell'ordinamento un tendenziale *favor* soprattutto nei confronti di meccanismi non consensuali di determinazione del prezzo; A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., pp. 29 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI - G. MUCCIARONE, *La pluralità di serie normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in A.A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi*, cit., pp. 59 ss., p. 94 (in nota): «[...] sopravvenendo una circostanza che renda non più conveniente una clausola disciplinare non si vede perché questa non potrebbe mutarsi [...]». In senso affermativo pure Collegio ABF di Napoli, 2 aprile 2010, n. 192, Presidente Quadri, Estensore Rocco di Torrepadula: «[...] ritiene il Collegio che in virtù dell'art. 118, co. 1, T.U.B. si possono modificare, senza dubbio, sia le condizioni economiche del contratto, sia quelle regolamentari e normative».

³¹⁹ Si riprende il ragionamento svolto da A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., pp. 29 ss.

alla commissione di massimo scoperto –, le banche hanno tentato di introdurre ulteriori oneri economici sulla clientela³²⁰.

Secondo l'impostazione tradizionale, il problema andrebbe risolto negativamente, in quanto già il *nomen* dell'istituto consente facilmente di percepire che la modifica, per essere tale, postula che una pattuizione sia stata già inserita nel contratto e, dunque, è incompatibile con il diverso fenomeno dell'introduzione di clausole nuove.

Inoltre, si afferma pure che la possibilità dell'introduzione di una clausola nuova andrebbe negata per il rischio che essa possa incidere in modo sostanziale sull'equilibrio contrattuale³²¹.

Volendo poi fornire un'argomentazione più di sistema, si potrebbe pure affermare che, mentre la clausola modificata unilateralmente conserva comunque una traccia di qual consenso manifestato dalla controparte in sede di stipulazione del contratto, per la clausola nuova non sarebbe ravvisabile alcun consenso generico, ma soltanto una volontà unilaterale, incompatibile con la regola dell'accordo, che è garanzia del principio della relatività delle sfere giuridiche dei consociati.

Invece, la dottrina più moderna, a cui si ritiene di aderire, non esclude che il potere di modifica unilaterale del contratto si attui anche mediante l'introduzione di clausole nuove³²².

³²⁰ Proprio per scongiurare tali condotte l'art. 118 t.u.b. limita espressamente lo *ius variandi* della banca alle condizioni previste nel contratto. In proposito vedasi Collegio ABF di Napoli, 28 febbraio 2011, n. 396, Presidente Quadri, Estensore Guizzi: «[...] il potere di modifica unilaterale del contratto riconosciuto all'intermediario dall'art. 118 T.U.B., in quanto eccezione alla regola generale della immodificabilità del contratto senza il consenso di entrambe le parti, deve intendersi limitato alla possibilità di modificare clausole e condizioni – sia di carattere economico che di natura normativa – già esistenti, e non può spingersi sino al punto di introdurre clausole e condizioni del tutto nuove, tali da incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio contrattuale, modificandone addirittura parzialmente la natura. Orbene, se si muove da questa premessa sembra allora al Collegio che rispetto al contratto di apertura di credito la possibilità di operare una modifica nel senso di introdurre una commissione, calcolata in misura fissa o in percentuale sul valore dell'affidamento e che prescinda del tutto dalla sua utilizzazione, in tanto possa dirsi sussistente solo se ed in quanto il contratto già prevedeva una qualche forma di remunerazione del semplice servizio di messa a disposizione della somma, e non si limitava, invece, ad imporre al cliente di pagare il corrispettivo, nella forma poi dell'interesse ovvero in altra misura forfetariamente definita, unicamente in relazione all'ipotesi di utilizzazione della disponibilità.»

³²¹ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 188, A. SCIARRONE ALIBRANDI - G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit. p. 95.

³²² A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 105, che tuttavia risulta minoritaria sulla questione: «[n]on esiste alcuna ragione logica, né giuridica di per sé ostativa all'attuazione della modifica unilaterale attraverso l'introduzione di nuove clausole, piuttosto che mediante la modifica di uno specifico profilo

Presupposto di un tale ordine di idee è il carattere estremamente variabile, se non addirittura effimero, della categoria di *clausola nuova*. Infatti, al di fuori dell'ipotesi di scuola della clausola che introduce un nuovo onere o costo, si potrebbe arrivare a considerare ogni variazione come comportante una nuova pattuizione, dal momento che non si può pensare che il sol fatto di agganciare la variazione ad una clausola preesistente ad essa possa valere ad escludere la configurabilità di una clausola nuova³²³.

Inoltre, non è nemmeno da escludere che la clausola nuova possa sostanziarsi in un vantaggio per il cliente, che, quindi, sarebbe irragionevole precludergli sulla base di un'asserita inidoneità dello *ius variandi* quale mezzo per introdurre nuove clausole³²⁴.

Peraltro, preme evidenziare che il superamento della distinzione tra clausole preesistenti e clausole nuove non ha come conseguenza quella di lasciare privo di tutela il contraente in posizione di soggezione rispetto alla modifica. Infatti, anche riguardo al contenuto della variazione si potrà fare applicazione della già richiamata clausola di buona fede, con la conseguenza che, per il suo tramite, si potranno considerare illegittimi quegli atti di esercizio del potere che si sostanzino, ad esempio, nell'introduzione di clausole eccessivamente onerose o elusive di divieti. Inoltre, non pare da trascurare che, da un punto di vista pratico, tale ricostruzione consente di valorizzare le potenzialità insite allo *ius variandi*, conferendo un più ampio ambito di applicazione ad un istituto di cui vi è sempre un maggiore impiego nella prassi.

del patto preesistente.». A conclusioni coincidenti, ancorché con motivazioni diverse, perviene pure V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 9.

³²³ S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contr.*, 2011, pp. 289 ss., p. 291, osserva come «[...] decidere se trattasi di modifica o di clausola introdotta *ex novo* non sia una questione semplice da dirimere, tutto dipendendo dal modo in cui l'interprete è pronto ad intendere la *ratio* adeguatrice del cd. *ius variandi*: se, in un'ottica di *best costumer protection*, nel senso di vincolarla allo stretto novero delle clausole figuranti nel contenuto formale del contratto ovvero come finalizzata ad assicurare una immodificabilità (*in peius*) del *quantum* di profitto (*seu* di remuneratività) originariamente convenutosi.».

³²⁴ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 188, osserva che «[...] per la verità, non ogni clausola "nuova" risulta per ciò stesso più grave e pesante, per il cliente, della modifica di una clausola preesistente».

5. Il problema della riconducibilità allo *ius variandi* delle variazioni *in melius*

Una tematica classica nelle trattazioni dedicate allo *ius variandi* è quella concernente l'ammissibilità di atti di esercizio di tale potere che non siano tanto diretti a produrre una variazione *in peius* delle regole del rapporto, quanto a realizzare una modifica che si rivela vantaggiosa per la controparte, cd. *variazione in melius*.

È bene precisare che non si sta discorrendo di variazioni apprezzate come svantaggiose o vantaggiose su di un piano meramente soggettivo, ma di modifiche che possano essere riconosciute per la controparte come peggiorative o migliorative in base alla loro intrinseca natura³²⁵. La soluzione affermativa al problema di tale ammissibilità trova sempre maggiore riscontro in dottrina, avvalorata com'è dalla circostanza che il concetto di *ius variandi* è astrattamente neutrale rispetto alla portata peggiorativa o migliorativa della variazione³²⁶.

La ragione dell'attribuzione del potere di modifica unilaterale del contratto è generalmente quella di consentire ad una parte di poter modificare il regolamento contrattuale in senso peggiorativo per l'altra parte, senza doversi affannare per ricercare il consenso di quest'ultima. Tuttavia, si afferma come non sia da escludersi che, anche a fronte di una clausola di *ius variandi in peius*, il titolare del potere possa ritenere conveniente per sé apportare al rapporto una modifica che, tuttavia, a ben vedere, si rivela vantaggiosa anche per l'altra parte.

Ci si deve chiedere se tale variazione debba essere comunque ricondotta alla clausola di *ius variandi*, ritenendo così, secondo un ragionamento sviluppato in base alla logica per cui nel più è compreso il meno, che il potere di modifica *in peius* consenta in ogni caso anche variazioni *in melius*. In caso contrario, l'interrogativo diventa se tale variazione trovi un'altra ragione che la legittimi nel sistema del diritto privato.

³²⁵ Sulle difficoltà nella valutazione dell'incidenza *in melius* o *in peius* della modifica che interessi non tanto sul disciplinare economico del contratto, quanto su quello normativo, vedasi A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 106.

³²⁶ Porta alle sue estreme conseguenze questa affermazione P. SCHLESINGER, *Poteri*, cit., p. 21, per il quale non vi sono dubbi circa la possibilità di riconoscere alla parte uno *ius variandi in melius*: «[d]eve poi considerarsi pacifico, indipendentemente da una specifica pattuizione originaria, che a ciascuna parte compete, nel corso dell'esecuzione del rapporto, un ampio *ius variandi*, ove la modifica si traduca esclusivamente in un vantaggio per la controparte».

A ben vedere, tuttavia, i termini della questione non mutano se si prende in considerazione la diversa ipotesi in cui il contratto non rechi alcuna previsione in tema di *ius variandi*. Infatti, tanto nella prima situazione prospettata (contratto che reca una clausola di *ius variandi in peius*), quanto nella seconda (contratto che non reca alcuna previsione di *ius variandi*), le parti non hanno predisposto una regolamentazione pattizia delle variazioni *in melius*, con la conseguenza che è compito dell'interprete ricostruirne il regime. Il problema, com'è evidente, non si porrà soltanto nell'ipotesi in cui i contraenti abbiano espressamente riconosciuto ad uno o entrambi di essi il potere di modificare unilateralmente il regolamento contrattuale in senso favorevole alla controparte. In questi casi, infatti, la modificazione della sfera giuridica del destinatario, non soltanto è a lui favorevole, ma è realizzata sì unilateralmente, ma con il suo previo consenso³²⁷.

Nei casi in cui il problema si pone, che sono quelli messi in evidenza appena *supra*, un aiuto per la sua risoluzione si ritiene comunemente che possa essere fornito dall'art. 1333 c.c., che contempla un meccanismo semplificato di produzione di effetti nella sfera della controparte quando si tratta di conseguenze favorevoli per quest'ultima. È infatti molto diffusa l'opinione secondo cui vi sarebbe una profonda differenza strutturale tra le variazioni peggiorative e quelle migliorative: quando una parte prenda unilateralmente un'iniziativa diretta a variare il rapporto in termini favorevoli per la controparte, la fattispecie andrebbe ricondotta all'art. 1333 c.c., senza scomodare, laddove ricorra nel contratto, la clausola attributiva del potere di *ius variandi (in peius)*³²⁸.

Più nello specifico, si ritiene da parte di alcuni autori che tali iniziative, in partenza unilaterali, siano comunque dirette a sfociare in un accordo, per quando perfezionato in forma semplificata, come avviene nel modello di cui all'art. 1333 c.c.³²⁹. Si afferma, infatti, che l'art. 1333 c.c. non vada riferito soltanto ai contratti costitutivi, ma potrebbe anche essere riferito ai contratti modificativi³³⁰.

³²⁷ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 239.

³²⁸ *Contra* P. SCHLESINGER, *Poteri*, cit., p. 22, il quale non approfondisce la questione, ritenendo che quella in esame sia una disquisizione teorica, che non tocca la sostanza del fenomeno.

³²⁹ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 107-108: «[...] il sistema contempla, con riferimento ai contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, uno schema di accordo "leggero" o "semplificato" che ben si presta [...] a soddisfare un'eventuale esigenza di variazione del regolamento connotata dalla produzione di effetti esclusivamente favorevoli per il destinatario. Ad esso potrà fare ricorso il

Dunque, così ragionando, risulta evidente la differenza tra, da una parte, la variazione unilaterale *in peius*, che è autenticamente unilaterale ed è possibile soltanto in presenza della clausola attributiva del relativo potere, e, da un'altra parte, la modifica *in melius*, che, invece, sarebbe sempre possibile e andrebbe comunque ricondotta all'accordo³³¹.

Di certo l'elemento che induce i sostenitori di tale ricostruzione a ravvisare comunque un accordo modificativo per la variazione *in melius* è il mancato rifiuto del soggetto che di essa si avvantaggia, a cui peraltro fa espresso richiamo l'art. 1333

contraente che intenda assumere l'iniziativa di una revisione che incida, aggravandola, sulla prestazione dovuta, potendosi ricondurre la vicenda, una volta perfezionata la fattispecie secondo il dettato dell'art. 1333 c.c., all'alveo delle modifiche consensuali». Vedasi anche A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., pp. 12-13, il quale, esprimendosi con riguardo allo *ius variandi* bancario – ma il discorso pare potersi generalizzare –, ritiene errato porre sullo stesso piano variazioni peggiorative e variazioni migliorative: «[s]otto il profilo strutturale, solo la modifica peggiorativa risulta espressione di un potere del predisponente bancario: rispetto al quale il cliente si trova, cioè, in posizione di soggezione, posto che non può né controproporre, né rifiutare (ma solo uscire dal rapporto). Nel caso di variazioni migliorative, invece, si forma proprio il consenso, sulla base del principio di cui all'art. 1333, co. 2, c.c. (il cui presupposto sta, appunto nella possibilità utile del rifiuto). Del resto, la disciplina positivamente dettata dalla norma dell'art. 118 ha senso reale solo per le modifiche in peggio.». Conforme pure A. SCIARRONE ALIBRANDI – G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit. p.110 (in nota).

³³⁰ Molto chiaro su questo punto aspetto è G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 239: «[s]i ponga il caso in cui, nel testo contrattuale, manchi una pattuizione che preveda uno *ius variandi* nel senso favorevole al destinatario. Ciò non impedisce, ad una delle parti del contratto, di prendere un'iniziativa unilaterale e di proporre la modifica del rapporto contrattuale ai sensi dell'art. 1333 c.c. Tale disposizione, infatti, reca nel suo *incipit* la seguente dizione “la proposta diretta a concludere un contratto...”. Qui il riferimento non deve essere circoscritto alla “conclusione” di un contratto “costitutivo” ma anche alla “conclusione” di un contratto modificativo, ossia diretto a “regolare” un rapporto giuridico patrimoniale, per usare la dizione di cui all'art. 1321 c.c.».

³³¹ Non si sono rinvenuti precedenti in giurisprudenza sulla questione, tuttavia si segnala l'interessante decisione del Collegio ABF di Roma, 11 gennaio 2013, n. 180, Presidente Marziale, Estensore Leproux, concernente la qualificazione della condotta di un intermediario che aveva esteso una polizza assicurativa anche a copertura del rischio della perdita d'impiego attraverso comunicazione contenuta nel documento di sintesi, ricondotta dall'Arbitro Bancario Finanziario all'art. 1333 c.c.: «[a]lla luce delle considerazioni appena svolte e del disposto di cui all'art. 1333, II co., cod. civ., questo Collegio ritiene che nella specie la comunicazione contenuta nei documenti di sintesi, avente ad oggetto l'imputazione del costo assicurativo anche a copertura del suddetto specifico rischio di inadempimento, deve ritenersi vincolante per l'intermediario, sussistendo il requisito di forma della relativa proposta (v. Cass. 21/12/87 n. 9500) e ben potendo la banca, quale parte della polizza collettiva cui l'odierno ricorrente ha prestato adesione, estenderne la valenza anche alla detta tipologia di rischio, quale modificazione *in melius* delle originarie pattuizioni. Infatti, come ritenuto da autorevole dottrina, il meccanismo che disciplina il *ius variandi* e di cui all'art. 118, I e III co., t.u.b., trova esclusiva applicazione in caso di modifiche delle condizioni contrattuali di portata peggiorativa per il cliente, non invece in presenza di modifiche migliorative, nel qual caso il consenso si forma appunto attraverso il diverso meccanismo disciplinato dall'art. 1333, II co., cod. civ.».

c.c. Il principio di intangibilità delle sfere giuridiche, infatti, impone di fare salva la facoltà di rifiuto del soggetto che pur veda modificata favorevolmente la propria, come d'altronde insegna anche l'art. 1411 c.c. in tema di contratto a favore di un terzo.

In realtà, i tempi paiono maturi per ridimensionare il dogma del consenso. Con riferimento alla tematica in esame, pare potersi affermare che, quando un contraente prenda l'iniziativa per modificare in senso favorevole all'altra parte il rapporto già in essere, non è necessario ricorrere allo schema semplificato di accordo delineato all'art. 1333 c.c. Sembra più aderente ricostruire questa sua iniziativa come negozio unilaterale, al pari di quanto accade in caso di normale *ius variandi* (*in peius*).

Tuttavia, mentre per lo *ius variandi* (*in peius*) vi è la necessità del previo consenso della controparte, manifestato in sede di conclusione del contratto, quando cioè il potere viene conferito al titolare, nel caso di variazioni *in melius* il consenso della controparte non dovrà essere necessariamente acquisito a monte, ma potrà trovare manifestazione *ex post* rispetto all'atto (unilaterale) di variazione, che potrà essere rifiutato, in ossequio alla regola generale sopra riportata. In definitiva, si ritiene che non vi sia alcuna necessità di ricorrere alla *fictione* per cui il mancato rifiuto di colui che si avvantaggia della modifica assurge a manifestazione di volontà produttiva di un accordo modificativo. La vicenda rimane unilaterale, d'altronde, è così che fenomenicamente si presenta e così viene pure percepita nella realtà sociale.

Vi è di più. Da qualche tempo è stata avviata una riflessione circa la possibilità di ricostruire un vero e proprio diritto del contraente alla modificazione del rapporto in dipendenza di sopravvenienze neutre per la parte titolare dello *ius variandi*, ma per sé favorevoli, con conseguente individuazione di un onere per il titolare del potere di modifica unilaterale di proporre la variazione. Tuttavia, tale ordine di idee appare allo stato ancora minoritario. Vi è, infatti, il timore che lo *ius variandi* possa essere impiegato per deviare dalla sua funzione e alterare l'equilibrio contrattuale raggiunto in sede di accordo.

A ben vedere il problema in esame origina da un'esigenza da sempre sentita, quella di evitare che uno soltanto dei contraenti si avvantaggi di una congiuntura favorevole, non a caso per risolverlo, almeno con riferimento a determinati contratti, sono state elaborate le cd. *clausole di indicizzazione*, ossia un meccanismo di

variabilità della prestazione in base all'andamento di indici-valore³³², oppure, in alternativa, ci si avvale del meccanismo condizionale quando si è già in grado di prefigurare la sopravvenienza specifica a cui si vuole far conseguire una variazione *in melius*³³³.

La questione della doverosità della variazione *in melius*, com'è facilmente intuibile, si pone principalmente per quegli eventi che incidano sul disciplinare economico del contratto, quale, ad esempio, una riduzione dei costi che deve sostenere una parte come contropartita di una prestazione, si pensi ad una discesa dei tassi di interesse che viene ad avvantaggiare una banca³³⁴, mentre pare più difficile immaginare che la questione si possa porre rispetto al disciplinare normativo, in quanto è sovente arduo stabilire aprioristicamente se una pattuizione sia profittevole per una, piuttosto che per un'altra parte³³⁵.

I tempi paiono maturi per affermare che i doveri di solidarietà ex art. 2 Cost., unitamente al canone della buona fede, impongono alla parte contrattuale, ove le condizioni di mercato lo rendano possibile, di attivarsi per realizzare quelle modifiche che le siano del tutto indifferenti, in quanto non si traducono in un maggior aggravio della propria posizione, ma che siano vantaggiose per la controparte³³⁶. Pare che debba riconoscersi una qualche rilevanza giuridica

³³² Per un approfondimento sul tema si rinvia a E. QUADRI, *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1981.

³³³ Come osserva G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 239.

³³⁴ In proposito un riferimento normativo di grande interesse è costituito dall'art. 118, quarto comma, t.u.b., relativo alle variazioni dei tassi di interesse in conseguenza di decisioni di politica monetaria, nella parte in cui si prevede che esse riguardino contestualmente sia i tassi debitori, che quelli creditorî. Per una completa disamina di tutte le questioni inerenti l'art. 118, ultimo comma, t.u.b., che esulano dall'oggetto del presente lavoro, si rinvia alle pagine di A. MIRONE, *La trasparenza*, cit., pp. 118 ss.

³³⁵ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 108.

³³⁶ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 109: «[...] la configurazione di un diritto alla variazione *in melius* speculari al potere unilaterale di modifica *in peius*, al verificarsi di eventi che, nel corso del rapporto, possono giovare a favore di una o dell'altra parte, pare coerente con la funzione di conservazione del rapporto e di gestione del rischio di sopravvenienze del *ius variandi* e conforme al dovere di lealtà e correttezza nelle relazioni contrattuali». Qualcosa di simile è stato affermato anche da G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 241: «[q]uel che la controparte del titolare dello *ius variandi* potrà invocare, semmai, è il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.): pertanto, un reiterato comportamento della parte che, di fronte a sopravvenienze indicate nella clausola come il presupposto per l'esercizio del potere unilaterale di modifica, mantenga un contegno omissivo, potrà essere considerato come violazione del dovere di lealtà e correttezza, che accompagna il dispiegarsi del rapporto lungo tutta la sua esistenza.».

all'aspettativa del contraente di vedersi apportate modifiche favorevoli dalla propria controparte, potendosi arrivare a riconoscere, nei casi in cui questa aspettativa venga frustrata, la legittimazione della parte ad agire per conseguire il risarcimento del danno, da quantificarsi nel risparmio che le sarebbe derivato se fossero state apportate al rapporto le variazioni *in melius*³³⁷.

Si può fare l'esempio della banca che adduca quale giustificato motivo di una variazione peggiorativa di certi rapporti una circostanza che, invece, si riveli favorevole per un'altra categoria di clienti. In questi casi si potrebbe dire che sussiste l'aspettativa di questi clienti a veder esercitato dalla banca lo *ius variandi in melius*. Analogamente si dirà quando una circostanza, già presentatasi come negativa e che abbia giustificato una variazione unilaterale del rapporto, si ripresenti, ma con il segno contrario e, quindi, favorevole per la controparte.

In quest'ultimo caso si è parlato di *sopravvenienza ambivalente diacronica*, in contrapposizione a quella dell'esempio precedente, definita come *sopravvenienza ambivalente sincronica*. A prescindere dalla diversa qualificazione, si è convinti che in ambo i casi l'aspettativa del cliente rispetto alla variazione *in melius* non possa essere ridotta ad un suo mero interesse, ma debba ricevere un riconoscimento giuridico³³⁸.

³³⁷ Come acutamente osserva A.A. DOLMETTA, *Trasparenza*, cit., p. 204, la sfida che si apre a quanti sostengono la doverosità delle variazioni *in melius* è quella di risolvere due ordini di problemi. Il primo è quello che riguarda le modalità di accertamento delle condizioni in cui scatta il dovere di adeguamento; il secondo, invece, è il problema di garantire l'effettività del diritto ad ottenere l'adeguamento, dovendosi riflettere, rispetto a tale ultimo profilo, sulla possibilità di un adeguamento automatico, sull'utilizzabilità di un meccanismo costitutivo ex art. 2932 c.c., nonché sul rimedio risarcitorio.

³³⁸ Si riprende una casistica contenuta in A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 54, il quale osserva «[l]'impresa che ignora e trascura le situazioni giustificanti delle variazioni migliorative per la clientela, per ricorrere in modo sistematico al *ius*, viene a manifestare una volontà predatoria. Un comportamento di questo tipo, se per qualche verso riecheggia una sorta di *venire contra factum proprium*, di sicuro non ha nulla di sociale, e nemmeno di equilibrato.». Casistica analoga la si ritrova anche in A. SCIARRONE ALIBRANDI - G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit. p.109: «[s]e questo [lo *ius variandi*] serve a ristabilire l'originaria convenienza dell'affare ed in tali limiti sia esercitato, ove poi si verifichi una sopravvenienza contraria a quella che ha originato la modifica *in peius* per il cliente, la sua perdurante efficacia non sarebbe più sorretta dalla funzione che l'aveva giustificata: la contraddirebbe anzi. Similmente, in caso di sopravvenienza ambivalente, ove la banca potesse modificare *in peius* per la clientela di un dato ramo – i finanziamenti –, senza dover sopportare una modifica *in melius* per la clientela dell'altro ramo – i depositi –, la banca non si limiterebbe a ristabilire l'originaria convenienza dell'affare: ché questa teneva conto anche di quanto dovuto per la raccolta [...]». Quanto ai rimedi per garantire l'effettività della variazione *in melius*, secondo gli

6. La forma dell'atto di esercizio dello *ius variandi*

Rispetto all'atto di esercizio dello *ius variandi* si pongono molteplici questioni attinenti alla sua forma. È bene precisare che tali questioni non vanno confuse con quella diversa, a cui si è già fatto cenno nel capitolo precedente, relativa al formalismo necessario per la clausola attributiva dello *ius variandi*. Se, infatti, in precedenza si è guardato lo *ius variandi* nella sua staticità e quindi veniva in rilievo la clausola con cui lo si attribuisce, in questa sede si riflette sempre su di esso, ma visto nel suo dinamismo, e, quindi, viene in rilievo il suo atto di esercizio.

Innanzitutto va premesso che la forma dell'atto di esercizio del potere di modifica unilaterale, almeno nella maggior parte dei casi, è vincolata e, quindi, scritta³³⁹. Si è detto *nella maggior parte dei casi* in quanto sarà opportuno operare una distinzione tra i casi in cui il potere trovi fondamento nella legge, che sovente richiede la forma scritta, e quelli in cui, invece, lo *ius variandi* sia da ricollegare ad un'esplicazione dell'autonomia privata, che potrebbe prevedere diversamente. Tuttavia, prima di operare tale distinzione, si tratta di comprendere le ragioni del recupero del formalismo.

Il formalismo dell'atto che realizza una modifica unilaterale del rapporto si spiega per la fondamentale esigenza di garantirne la conoscibilità a colui che, in posizione di soggezione, subisce lo *ius variandi*³⁴⁰. Dunque, secondo uno schema che ha riscosso molto successo nella legislazione a protezione del contraente più debole, la forma non è fine a se stessa, ma è *mezzo di informazione*³⁴¹.

Autori citati, in caso di sopravvenienza ambivalente diacronica il mancato adeguamento alla sopravvenienza favorevole comporterebbe l'inefficacia dell'eventuale variazione *in peius* precedentemente apportata al rapporto. La sanzione in caso di sopravvenienza ambivalente sincronica sarebbe sempre l'inefficacia, tuttavia, riferita in questo caso alla variazione *in peius* contestualmente apportata ad altri rapporti.

³³⁹ Come constata M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 178: «[...] la recente disciplina legale dello *ius variandi*, specie di derivazione comunitaria, appare improntata ad un rigoroso formalismo, riguardante la fase attributiva, informativa, comunicativa ed attuativa del diritto, con funzione di compressione del potere di variazione unilaterale del rapporto contrattuale, soprattutto in quei settori in cui si è fatta maggiormente avvertita l'esigenza di tutelare il soggetto destinato a subire la modifica (ad esempio, in consumatore).».

³⁴⁰ La conoscibilità che va garantita non è soltanto quella dell'atto in sé considerato, ma anche e soprattutto quella del giustificato motivo alla sua base. Sul tema si ritornerà *infra*, quando si approfondirà la tematica del cd. *giustificato motivo*.

³⁴¹ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 167.

Oltre a questa funzione informativa, la forma scritta per l'atto di esercizio dello *ius variandi* assolve un'altra importante funzione: quella di mettere la controparte nella condizione di reagire ad esso, dunque svolge una *funzione di garanzia*. Infatti, se il contraente in posizione di soggezione non viene reso edotto della modifica, non può contestare l'illegittimità dell'atto, sia sotto il profilo della carenza dei presupposti sostanziali – ad esempio perché non ricorre un giustificato motivo –, sia quanto alla violazione delle regole procedurali legalmente o convenzionalmente previste per esso – ad esempio perché non vi è stato un preavviso per l'operatività degli effetti della variazione contrattuale. In definitiva, quindi, il formalismo contribuisce ad evitare che l'atto di esercizio dello *ius variandi* sia strumento per perpetrare degli abusi.

Le riferite funzioni assolte dalla forma scritta rispetto all'atto di esercizio dello *ius variandi* consentono di affermare che, laddove il formalismo sia previsto dalla legge, l'autonomia privata non possa concludere un accordo in deroga. L'ordinamento, infatti, non potrebbe tollerare che colui che possa trovarsi in posizione di soggezione rispetto al titolare dello *ius variandi* sia esposto al tentativo di far inserire una previsione nel contratto che sganci l'atto di esercizio del potere dalla forma scritta.

Conseguenza di tale modo di ragionare è il riconoscimento della natura imperativa alle norme che regolano la forma dell'atto di esercizio dello *ius variandi*, nonché, anche in assenza di un'espressa previsione sul punto, l'applicazione della sanzione della nullità alle clausole contrattuali che derogano la forma scritta e all'atto che non rivesta tale forma³⁴². La nullità in questione si atteggerà come parziale, non ripercuotendosi sull'intera regolazione convenzionale che le parti hanno inserito circa lo *ius variandi*, né, a maggior ragione, sull'intero contratto³⁴³.

Quanto ai caratteri di questa nullità si potrebbe pensare di configurarla come una nullità *relativa o di protezione*, visto che la sua *ratio* sta nella preoccupazione di evitare il compimento di abusi in danno di chi si trovi esposto all'esercizio del potere di modifica³⁴⁴. Tuttavia, si ritiene in questo caso più idonea a tutelare il soggetto

³⁴² Sul punto vedasi G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 148, il quale osserva: «[i]l carattere imperativo delle norme sulla forma, tuttavia, emerge – più in generale – dalla considerazione che le stesse esercitano una funzione di garanzia di valori considerati primari dal legislatore odierno, quali la protezione di soggetti aventi una minore forza contrattuale ed economica.».

³⁴³ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 148.

³⁴⁴ Come ritiene G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 148.

debole l'opposta ricostruzione in termini di nullità ordinaria, come tale anche rilevabile dal giudice d'ufficio, a prescindere da un'attivazione del contraente che ha subito la modifica.

Se non sorgono particolari dibattiti in ordine alla necessità della forma scritta per l'atto di modifica unilaterale in quei casi in cui il relativo potere trovi fondamento nella legge, più complesso è il discorso sia quando la legge nulla disponga (evenienza per il vero rara), sia quando lo *ius variandi* sia stato attribuito dall'autonomia privata. La prassi insegna che anche in questi casi le parti eleggono la forma scritta per il suo atto di esercizio, tuttavia potrebbe anche accadere che il contratto non brilli per tecnica contrattuale impiegata dalle parti stesse o da chi per loro, con la conseguente necessità di stabilire quale sia il regime formale di quest'atto.

Una prima tesi che potrebbe essere sostenuta è quella che sostanzialmente recupera il ben noto *principio di libertà delle forme*, desumibile dall'art. 1350 c.c. per affermare che, in assenza di una previsione di legge o pattizia espressa, l'atto di esercizio dello *ius variandi*, potrebbe farsi liberalmente pur se il potere è regolato in un contratto scritto.

Un'altra tesi, invece, che potrebbe definirsi intermedia, è quella secondo cui è necessario operare una distinzione a seconda di quale elemento venga modificato. Si potrebbe infatti sostenere che, laddove la variazione concerne elementi essenziali del rapporto, essa dovrà farsi per iscritto; diversamente, invece, nei casi in cui lo *ius variandi* venga esercitato con riguardo a elementi non essenziali, in cui torna ad operare la regola della libertà delle forme³⁴⁵. Tale ricostruzione, pure autorevolmente sostenuta, seppur non con riferimento alla tematica dello *ius variandi*, pare peccare di un grande difetto: l'assenza di un anche labile riferimento normativo.

La tesi che appare preferibile, invece, ritiene applicabile non tanto il principio di libertà delle forme, quanto quello *di simmetria o di omogeneità delle forme*³⁴⁶. Tale

³⁴⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 215.

³⁴⁶ È la tesi sostenuta anche in A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 165; M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 178; G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 148, che così la motiva: «l'atto con cui in concreto si modifica il rapporto contrattuale altro non è che l'esercizio del diritto attribuito ad una (o entrambe) le parti contrattuali: pertanto, il requisito formale previsto per la clausola attributiva del potere unilaterale di modifica finisce per investire anche il suo momento dinamico; diversamente, il requisito formale mancherebbe proprio nel momento concreto in cui la clausola pattizia diventa operativa.».

ricostruzione si fonda su una considerazione di ordine pratico: il regolamento contrattuale che contiene la clausola attributiva del potere di modifica unilaterale e il concreto atto di esercizio di esso costituiscono per le parti un'unica operazione economica, che, in quanto tale, va trattata in modo uniforme sul piano del formalismo. Conseguenza di questo modo di ragionare è che l'atto di esercizio dello *ius variandi* deve farsi per iscritto quando il potere è contemplato in un contratto scritto, pur se esso nulla dica in proposito³⁴⁷.

7. L'ammissibilità di una modifica unilaterale frutto di un comportamento concludente

Strettamente connesso al tema della forma necessaria per porre in essere un valido atto di esercizio dello *ius variandi* è la questione attinente all'ammissibilità di una variazione del rapporto realizzata attraverso un comportamento concludente, dunque senza un espresso e formale atto di esercizio del potere unilaterale di modifica³⁴⁸.

³⁴⁷ Non trova alcun riscontro una quarta alternativa astrattamente possibile: quella di ritenere che l'atto di esercizio dello *ius variandi* debba sempre farsi per iscritto anche quando il contratto cui inerisce non rivesta tale forma. È evidente, infatti, che tale tesi sia del tutto priva di logica.

³⁴⁸ Su cosa debba intendersi quando ci si riferisce al cd. *comportamento concludente* si ritiene chiarificatore il seguente passo tratto da N. MUCCIOLI, Voce *Contegno concludente*, in *Enc. giur.*, Agg. XVII, Roma, 2009, pp. 1 ss., pp. 14-15: «[r]iguardo al contegno concludente, non esiste un significato che il comportamento di per sé esprima e che l'interprete è chiamato ad accertare nei suoi aspetti dubbi. L'interprete deve individuare il significato desumendolo dall'integrazione del comportamento nella cornice delle circostanze concomitanti. Queste ultime determinano il significato da attribuire al comportamento, costituendo insieme ad esso il necessario contesto, entro il quale deve attuarsi e svolgersi il rapporto di significazione. Le circostanze si atteggiavano quali elementi strutturali del contegno concludente, che, altrimenti, da solo, ovvero identificato con il mero «*comportamento d'aggancio*», avrebbe valore altro o di per sé del tutto neutro. Le circostanze non sono un sottoinsieme valoriale, ma parte integrante del microcosmo del contegno concludente, e, pertanto, non coadiuvano nell'interpretare, bensì sono oggetto di interpretazione. In tal modo concepita, la teoria del contegno concludente *anima* (in senso etimologico) l'oggettivazione del negozio, restituendogli una rinnovata attitudine all'espressione dell'autonomia privata, in quanto impedisce l'irrigidimento dei dati fenomenici nella loro connessione giuridica, logica e ontologica. Il contegno concludente vale allora quale punto di emersione dell'originalità dell'azione umana. Il giudizio di concludenza, ovvero la ricognizione del *comportamento d'aggancio* e delle circostanze nella loro connessione logica e deontologica, se dev'essere *univoco* (quanto all'illazione deducibile in base alla comune esperienza ed ai principi logici di continenza e incompatibilità), si mostra, nel contempo, *relativo* e *variabile*, dipendente, cioè, dalle specifiche circostanze esistenti, e, pertanto, deve essere verificato sempre, di volta in volta. Non si danno casi esemplari, ma si tratta di cogliere l'originalità

Ragionando in astratto, l'esercizio del potere unilaterale di modifica potrebbe rivelarsi direttamente con un atto di esecuzione del contratto che sia rivelatore di una scelta del suo autore di variare unilateralmente quanto già oggetto di accordo. Si tratta allora di comprendere se un tale contegno del titolare dello *ius variandi* – generalmente commissivo, ma non è da escludere che possa essere anche omissivo –, possa essere considerato equivalente alla manifestazione di volontà contenuta in un atto esplicito di esercizio del potere e, in quanto tale, idoneo a sostituirlo.

La questione non è di agevole soluzione³⁴⁹, in quanto, viste le sopra riferite funzioni informativa e di garanzia che assolve il formalismo degli atti di *ius variandi*³⁵⁰, ammettere la modifica tramite comportamento concludente significa esporre il contraente in posizione di soggezione a variazioni di cui potrebbe non avere piena contezza e, quindi, rispetto alle quali potrebbe non reagire, assicurandosi così una rendita di posizione al titolare del potere. Innanzitutto la controparte potrebbe non rendersi proprio conto della realizzazione di una modifica del rapporto; inoltre, quand'anche si avvedesse della variazione, potrebbe non avere piena e chiara percezione della portata della modifica. Non si deve poi trascurare che la modifica tramite comportamento concludente non consente di preavvertire l'altro contraente del giustificato motivo che è alla base della variazione.

Se si riflette sull'atteggiamento assunto dall'ordinamento nei confronti dei comportamenti concludenti si può pervenire alla conclusione che non vi sia rispetto

della singola ipotesi. Il contegno concludente non *tipizza* rigidamente pluralità, ma identifica singolarità.».

³⁴⁹ Ad esempio M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 169, non ha dubbi ad ammettere una modifica unilaterale tramite un comportamento concludente, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 12, quarto comma, del d.lgs. n. 111/1995, che però risulta ormai abrogato. Tale norma, tra le altre cose, consentiva al *tour operator* di modificare in via di mero fatto, dopo la partenza, una parte essenziale dei servizi previsti dal contratto nel caso in cui essi non potessero più essere effettuati, a condizione di non farne derivare oneri di qualsiasi tipo a carico del consumatore. Ella richiama altresì l'art. 1577 c.c., che contempla il diritto del conduttore di eseguire riparazioni urgenti della cosa locata mediante la materiale attuazione delle stesse e che, secondo l'Autrice, si inquadrerebbe tra quelle ipotesi di *ius variandi* con uno spiccato connotato di unilateralità. Tuttavia, l'Autrice non fornisce argomentazioni di sistema per sostenere la sua tesi, non tenendo conto che, argomentando *a contrario*, le riferite norme potrebbero anche essere lette come eccezionali rispetto alla regola generale dell'inammissibilità di una modifica del rapporto tramite comportamento concludente.

³⁵⁰ La questione si intreccia anche con il carattere recettizio degli atti di esercizio del potere unilaterale di modifica, in quanto sarà facile comprendere che le riferite funzioni informativa e di garanzia trovano attuazione non soltanto per mezzo del formalismo, ma anche grazie alla recettività degli atti di *ius variandi*.

ad essi una di totale chiusura, nonostante l'impossibilità di rinvenire indici normativi di portata generale sull'argomento³⁵¹.

Tuttavia, tra le norme dedicate alla formazione del contratto, un posto di primo piano è occupato dall'art. 1327 c.c. Tale disposizione consente di ritenere concluso il contratto, pur in assenza di un'espressa accettazione dell'oblato, con l'esecuzione della prestazione da parte del proponente, purché si versi nelle ipotesi in cui vi sia stata una richiesta in tal senso del proponente o lo consentano la natura dell'affare o gli usi. Secondo la valutazione compiuta dalla legge, dunque, il silenzio dell'oblato, combinato alla sua accettazione della prestazione eseguita dal proponente, è un comportamento concludente in grado di sostituire l'accettazione espressa della proposta. In questo modo il vincolo sorge nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione della prestazione.

Alla luce di questa disposizione si è affermato che la volontà contrattuale possa manifestarsi attraverso un comportamento concludente anche al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 1327 c.c., a condizione che la legge non preveda particolari requisiti di forma a pena di nullità³⁵².

Di conseguenza, laddove la legge o l'autonomia privata abbiano contemplato nella clausola che regola lo *ius variandi* un qualche formalismo per il suo atto di esercizio, dovrà in radice escludersi che sia consentita una modifica a mezzo di un

³⁵¹ Per una riflessione sistematica sul contegno concludente, oltre alla già citata voce N. MUCCIOLI, Voce *Contegno*, cit., si vedano pure i seguenti studi: ID., *Studio sul contegno concludente*, Torino, 2012 e G. D'ALLURA, *Brevi note in tema di comportamento concludente*, in *Giust. civ.*, 2003, pp. 3 ss. Per quanto concerne la dottrina anteriore si rinvia ai classici: G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 789 ss.; A. FALZEA, Voce *Manifestazione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 442 ss.; V. SCALISI, Voce *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 476 ss. In giurisprudenza, invece, si segnalano: Cass., 11 marzo 1992, n. 2915, in *Foro it.*, 1992, I, cc. 2725 ss., la quale, anteriormente all'entrata in vigore della disciplina che prevedeva l'obbligatorietà della forma scritta per i contratti bancari, ha ravvisato nel comportamento della banca che paghi assegni privi di copertura un indice della tacita conclusione di un contratto di apertura di credito; ancora più esplicita è stata Cass., 23 aprile 1996, n. 3482, in *Contr.*, 1996, pp. 471 ss.: «[...] quel che rileva perché vi sia apertura di credito in conto corrente non è il mero fatto della situazione di scoperto di conto, con una pluralità di adempimenti agli ordini trasmessi dal cliente, bensì la pattuizione - generalmente formale ma pur realizzabile *per facta concludentia* - di un obbligo della banca di eseguire operazioni di credito bancario passive.»; Cass. 22 maggio 2001, n. 6963, in *Danno resp.*, 2001, pp. 809 ss., secondo cui il consenso necessario per ritenere concluso un contratto di mediazione può essere manifestato validamente anche *per facta concludentia*, come quando la parte si avvalga consapevolmente dell'opera del mediatore ai fini della conclusione dell'affare.

³⁵² N. MUCCIOLI, Voce *Contegno*, cit., p. 9.

comportamento concludente. Al di fuori di questi casi, si potrebbe ipotizzare un'eccezionale ammissibilità della variazione prodotta con un comportamento concludente nei casi in cui ricorrono ragioni di urgenza tali da non consentire al titolare del potere di predisporre un atto formale con il quale rendere edotta la controparte della modifica.

Non si ritiene necessario arrivare ad affermare che al contegno concludente del titolare del diritto potestativo debba seguire un comportamento inerte della controparte al fine di recuperare il consenso richiesto dalla regola generale per gli accordi modificativi. Così ragionando, infatti, di certo si salvaguarda la coerenza del sistema del diritto privato, imperniato sulla regola del consenso, tuttavia, di fatto non si tutelano gli interessi della controparte, al cui silenzio si vorrebbe attribuire un significato che ella non immagina affatto. Si intende affermare che la soluzione di ricostruire un finto consenso, apparentemente più garantista, di fatto rischia di rivelarsi potenzialmente lesiva degli interessi della parte in posizione di soggezione, non meno di come accadrebbe se si affermasse che *sic et simpliciter* che la modifica unilaterale può passare per il comportamento concludente del titolare del potere. Nella pratica, infatti, molto spesso la controparte dà il suo contributo alla continuità esecutiva del rapporto, ma senza convinzione³⁵³.

Non potendosi accantonare del tutto gli interessi della controparte alla conoscenza e alla reazione rispetto alla modifica, assicurati appunto dal formalismo dell'atto di esercizio dello *ius variandi*, si ritiene necessario affermare che colui che ponga in essere la variazione con il proprio mero comportamento è onerato di una tempestiva attivazione, funzionale all'informazione della controparte³⁵⁴. Insomma, se non è possibile l'informativa preventiva, sarà necessario recuperarla a modifica già realizzata, sì da permettere alla controparte che la subisce di reagire eventualmente ad essa.

Tale correttivo pare ancor più necessario anche in considerazione di quanto previsto dal sopra richiamato art. 1327 c.c. e precisamente dal secondo comma. Tale

³⁵³ Contrario a tale ricostruzione è pure G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 148, anche se l'Autore argomenta diversamente rispetto a quanto riportato *supra*. Iorio, infatti, muove dall'idea che nei casi di esercizio dello *ius variandi* l'accordo modificativo è già espresso a monte, ossia nella clausola attributiva del potere unilaterale di modifica.

³⁵⁴ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 152.

norma, infatti, oltre ad ammettere ad alcune condizioni il perfezionamento del contratto con l'inizio dell'esecuzione della prestazione da parte del preponente e, quindi, senza accettazione espressa dell'oblato, prevede che il primo sia onerato di dare prontamente avviso al secondo dell'iniziata esecuzione.

Resta da indagare il tema delle conseguenze per il difetto di informativa da parte dell'autore della modifica a mezzo comportamento concludente.

A questo proposi si evidenzia che il secondo comma dell'art. 1327 c.c, per il caso di mancato informativa, prevede come conseguenza a carico del preponente il risarcimento del danno, dunque il contratto rimane fatto salvo. È discutibile, tuttavia, che analoga conseguenza possa ricollegarsi alla mancata informativa per una variazione unilaterale del rapporto a mezzo di un comportamento concludente. Potrebbe infatti pure ritenersi che la modifica sia del tutto inefficace. Anzi, a voler tutelare adeguatamente gli interessi di cui è portatore la controparte in posizione di soggezione, pare proprio questa la soluzione preferibile.

Si deve infatti tenere conto che si ricorre un comportamento concludente proprio come nella fattispecie di cui all'art. 1327 c.c, tuttavia le due situazioni presentano un profilo che le rende non perfettamente sovrapponibili quanto alle conseguenze della mancata informativa. Nel caso dell'art. 1327 c.c., infatti, colui che non riceve l'informativa è un soggetto che comunque riceve una prestazione, dunque, non può non rendersi conto della nascita di un vincolo con il proponente. Nel caso, invece, della modifica unilaterale realizzata a mezzo comportamento concludente, della variazione l'altro contraente potrebbe anche non rendersi conto, dunque l'informativa assume un valore più pregnante, che induce a ricollegare alla sua omissione delle conseguenze sul piano dell'efficacia della variazione e non soltanto delle conseguenze risarcitorie.

8. I limiti all'esercizio dello *ius variandi*: il giustificato motivo, categoria elastica, espressione del principio di buona fede

La tematica a cui si è convinti che al giorno d'oggi dovrebbe essere prestata maggiore attenzione nell'ambito degli studi sullo *ius variandi* è quella concernente

l'individuazione dei limiti connaturali all'esercizio del potere, in un'ottica di garanzia del contraente che versa in una posizione di soggezione³⁵⁵. Si è convinti di ciò in quanto la legge, nei casi di *ius variandi* di fonte legale, o l'accordo, nei casi in cui la fonte sia pattizia, sovente trascurano questo aspetto e di certo non può ammettersi un cd. *ius variandi meramente potestativo*, i.e. non sottoposto ad alcun limite, in quanto sarebbe contrastante con la dimensione solidaristica che informa i rapporti tra i privati ex art. 2 Cost.³⁵⁶.

Innanzitutto ad una clausola di *ius variandi* meramente potestativo si danno due possibili alternative³⁵⁷. La prima è quella di considerare tale clausola nulla, in quanto in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento³⁵⁸. Si tratterebbe, nello specifico, di una nullità necessariamente parziale³⁵⁹, in quanto pare difficile immaginare che la parte che ha interesse alla declaratoria riesca a dimostrare che la clausola si trovi in un rapporto di correlazione inscindibile con il resto del contratto³⁶⁰. Senza poi contare che, tenuto conto della tipologia di contratti a cui tale clausola accede, spesso l'interesse di questa parte è proprio nella direzione di far sopravvivere il rapporto, ancorché emendato dalla clausola di *ius variandi* meramente potestativo. La seconda alternativa, più moderna e parimenti ben argomentata, è, invece, quella di interpretare la clausola attributiva del potere in

³⁵⁵ In questo senso pure M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 195.

³⁵⁶ Si può presumere che la legge non prenda in considerazione l'ipotesi dello *ius variandi* meramente potestativo vietandola, in quanto la ritiene di non facile verifica nella prassi, dal momento che una siffatta pattuizione necessiterebbe dell'accettazione da parte del contraente che ad essa deve soggiacere. Tuttavia, non può escludersi che, soprattutto nell'ambito dei rapporti professionista-consumatore, le condizioni generali di contratto rechino tale previsione.

³⁵⁷ Per una terza tesi che afferma la necessità di combinare lo *ius variandi* meramente potestativo con il diritto di recesso e la sua confutazione si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo 10.

³⁵⁸ Dal momento che tale ricostruzione applica alla clausola di *ius variandi* meramente potestativo la sanzione della nullità, l'interprete dovrà operare con prudenza prima di comminarla; sarà chiamato a verificare il suo significato anche alla luce dell'art. 1362 c.c. e, quindi, senza limitarsi alla sua lettera, dovrà andare alla ricerca della comune intenzione delle parti (primo comma), anche tenuto conto del comportamento complessivo delle stesse (secondo comma). Inoltre, come insegna l'art. 1363 c.c., dovrà leggere la clausola alla luce delle altre pattuizioni, che potrebbero aiutare a ricavare dei limiti allo *ius variandi*, escludendo così il carattere meramente potestativo.

³⁵⁹ G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 243.

³⁶⁰ Secondo quello che è un consolidato e costante orientamento giurisprudenziale. Vedasi, tra le tante, Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Giur. it.*, 1996, pp. 252 ss., secondo cui la nullità parziale può essere dichiarata «soltanto allorché occorra amputare una parte del contratto senza la quale i contraenti avrebbero ugualmente raggiunto l'accordo e non pure nel caso in cui occorrerebbe procedere, da parte del giudice, ad adeguamenti e rettifiche delle complessive prestazioni al fine del loro riequilibrio».

conformità del principio di buona fede e, quindi, integrarla nel senso di ritenere necessario che l'esercizio del potere avvenga in conformità al predetto principio³⁶¹.

In un'indagine volta a ricostruire i limiti che incontra l'atto di esercizio del potere unilaterale di modifica si possono rinvenire tre punti fermi. Innanzitutto questi limiti dovranno garantire l'*informazione* di colui che subisce la modifica unilaterale; dovranno essere funzionali a garantire un *controllo* sulla modifica da parte di questi; infine, dovranno permettergli l'attivazione di un *sindacato* sulla variazione apportata per consentire di sanzionare condotte che siano abusive³⁶².

Il principale limite che incontra lo *ius variandi* considerato nella sua dinamicità è costituito dalla clausola di buona fede. Il principio di buona fede, infatti, è in grado di assicurare che un potere come quello in esame, contraddistinto da uno spiccato carattere autoritativo, possa sì incidere nell'altrui sfera giuridica, ma senza dar luogo a degli abusi. Infatti, per il suo tramite, si potrà verificare *ex post* se il potere sia stato esercitato correttamente o se, invece, si sia verificato un eccesso di potere³⁶³.

Il ragionamento è sostanzialmente analogo a quello che viene svolto con riguardo al recesso, che si richiama, in quanto condivide con lo *ius variandi* la natura di diritto

³⁶¹ Esplicativo sul punto è V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 526-527: «[s]e [...] la clausola consegna un *ius variandi* illimitato, senza preventivi argini alla discrezionalità del titolare, si aprono due vie. Una più rigida: nullità della clausola per contrasto coi valori (di ordine pubblico) dell'accordo e del vincolo contrattuale, coesenziali all'autonomia privata. Una più flessibile: la clausola non è nulla, ma il suo contenuto è integrato secondo il criterio della buona fede, che limita l'arbitrio della parte abilitata a variare. In quest'ultima prospettiva, si tratterà di valutare *ex post* le modifiche unilaterali, che saranno efficaci ove conformi a buona fede, mentre in caso contrario saranno inefficaci [...]». La prima tesi si trova sostenuta ad esempio in G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 224-226. In particolare, l'Autore ritiene che la seconda tesi, attraverso il richiamo alla buona fede, non sia in grado di risolvere i problemi di liceità della clausola attributiva dello *ius variandi* meramente potestativo, in quanto essa comunque disattende la possibilità di conoscenza preventiva per la controparte delle circostanze oggettive che costituiscono il presupposto di esercizio del potere.

³⁶² Mette acutamente in evidenza queste esigenze M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 195.

³⁶³ M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 205: «[i]l limite generale di buona fede e correttezza interviene, pertanto, a conformare il potere unilaterale di modifica e si offre, ad un tempo, quale parametro di controllo della fase dinamica di attuazione del potere, costituendo il metro di valutazione del modo in cui lo stesso è stato esercitato»; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 144; G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 157, il quale mette in relazione la clausola di buona fede con la necessità di tutelare l'affidamento del contraente in posizione di soggezione al corretto esercizio del potere. In una prospettiva più ampia si segnala anche il contributo di L. BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 605 ss.

potestativo e, dunque, pare poter offrire qualche utile spunto di riflessione³⁶⁴. Si è infatti affermato in giurisprudenza che la circostanza che un soggetto sia titolare di un diritto di recedere *ad nutum* non mette costui al riparo da un eventuale sindacato giudiziale sulla conformità dell'atto di esercizio del diritto rispetto alla clausola di buona fede³⁶⁵.

Quanto alle conseguenze del controllo condotto attraverso la clausola di buona fede sull'atto di esercizio dello *ius variandi*, non pare potersi dubitare che, in caso di accertamento di una sua violazione, vadano disconosciuti gli effetti alla variazione che si intendeva apportare e che si debba fare applicazione del rimedio risarcitorio. Si deve invece escludere che la buona fede da sola possa consentire di comminare la sanzione dell'invalidità³⁶⁶.

Nel caso dello *ius variandi* il principio della buona fede opera come argine alla discrezionalità del titolare del potere soprattutto attraverso la sua declinazione nella clausola generale del *giustificato motivo*³⁶⁷ che deve sorreggere l'atto di esercizio

³⁶⁴ Per un approfondimento dottrinario si segnalano i seguenti contributi: F. GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. impr.*, 1998, pp. 18 ss.; M. BARALDI, *Le «mobili frontiere» dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contr. impr.*, 2001, pp. 927 ss.

³⁶⁵ In proposito vedasi Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, cc. 2479 ss., secondo cui è illegittima la condotta della banca che arbitrariamente receda da un rapporto di apertura di credito, violando la legittima aspettativa insorta nel cliente. Sempre in tema di recesso da un'apertura di credito è molto significativa la decisione Coll. ABF Milano, 26 marzo 2019, n. 8267, Presidente Lapertosa, Estensore Fausti, che ha enunciato il seguente principio: «[è] bensì vero che l'esercizio del diritto di recesso non appare sindacabile in sede giurisdizionale, ove non possono apprezzarsi le scelte imprenditoriali delle parti, libere di decidere la convenienza del mantenimento dei rapporti negoziali in essere che costituisce corollario del principio della autonomia contrattuale. Tuttavia è noto altresì che il principio di buona fede obbliga ciascuna parte a comportarsi in modo tale da non pregiudicare ed anzi da salvaguardare il ragionevole interesse dell'altra, quando ciò non comporti a suo carico alcun apprezzabile ed ingiusto sacrificio. L'attenzione, pertanto, deve portarsi non sul recesso in sé, ma sulle modalità con cui è stato attuato, al fine di verificare se la condotta della banca sia stata conforme a quanto imposto dai canoni di correttezza e buona fede [...]».

³⁶⁶A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., p. 148 in nota, secondo il quale «[i]l processo di graduale erosione della distinzione tradizionale tra regole di validità e regole di comportamento, infatti, non si spinge fino al punto da rendere la buona fede idonea a comportare, su un piano generale, l'invalidità del contratto, ma può determinare un'estensione, sul piano dell'efficacia, della clausola generale, al di là delle conseguenze meramente risarcitorie».

³⁶⁷ *Contra*, ma minoritari in dottrina: A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 41, il quale rileva come le due clausole hanno diverso contenuto. «[...] quella di buona fede si volge a considerare una parte nei confronti dell'altra, il comportamento dell'una sull'assetto della seconda. Il giustificato motivo si concentra, invece, sul rapporto tra un fatto (il "motivo") e una decisione (la "modifica"): secondo la linea specifica della congruità (o riferibilità o adeguatezza o pertinenza) della seconda rispetto al primo. Si tratta, dunque, di due angoli diversi di esaminare il prisma dato dalla fattispecie

dello *ius variandi*³⁶⁸. Non è un caso che nella quasi totalità delle fattispecie di *ius variandi* di fonte legale sia lo stesso legislatore a precisare quella che altrimenti sarebbe una conclusione a cui dovrebbe necessariamente pervenirsi in via interpretativa e cioè che il titolare del potere è ammesso a modificare unilateralmente il rapporto unicamente al ricorrere di un giustificato motivo³⁶⁹.

Per definire cosa debba intendersi per *giustificato motivo* innanzitutto è da escludersi il richiamo alla categoria propria del diritto del lavoro, in quanto, come è stato acutamente osservato, il giustificato motivo di licenziamento inerisce ad una vicenda che non è modificativa, bensì estintiva³⁷⁰.

Piuttosto, non si può non ricorrere che a definizioni volutamente generali ed elastiche³⁷¹, in quanto soltanto così facendo si è in grado di costruire una categoria funzionalmente idonea ad essere mezzo di protezione della parte che subisce la modifica unilaterale³⁷². L'esigenza definitoria può trovare soddisfacimento mediante

concreta». L'Autore, deve tuttavia riconoscere che in alcuni casi i contorni tra le due clausole vengono a sfumarsi «sia in ragione del comune oggetto di riferimento, sia per l'essere entrambe le clausole innervate dai valori cardine espressi dalla Costituzione vigente [...]»; A. SCIARRONE ALIBRANDI - G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit., p. 89, escludono che il giustificato motivo sia da ricondurre alla clausola di buona fede, pur non negando la rilevanza della clausola per il sindacato sull'esercizio del potere.

³⁶⁸ F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.u.b.*, in A.A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi*, cit., pp. 127 ss., p. 137: «[...] il "giustificato motivo" costituisce semplicemente la stella polare che deve guidare l'agire dell'impresa creditizia nell'esercizio del *ius variandi*, nonché, in seconda battuta, criterio euristico per verificarne la legittimità.»

³⁶⁹ Non a caso A. SCIARRONE ALIBRANDI - G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit., p. 77, pervengono alla conclusione che il giustificato motivo sia sempre necessario, anche per lo *ius variandi* regolato dall'art. 126 *sexies* T.U.B.

³⁷⁰ S. PAGLIANTINI, *Voce Modificazione*, cit., p. 487; A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 40, il quale sottolinea la specificità della materia lavoristica e che le riflessioni della dottrina giuslavoristica sono svolte unicamente con riguardo all'istituto del licenziamento.

³⁷¹ S. PAGLIANTINI, *Voce Modificazione*, cit., p. 487, definisce il giustificato motivo «una figura ad alto tasso di volatilità»; A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 39, constatando tale carattere, afferma la necessità di una nozione guida, che traini e leghi le varie figure sintomatiche emergenti nel corso del tempo. In termini polemici V. TAVORMINA, *Ius variandi*, cit., p. 6, che ritiene il giustificato motivo «terreno di coltura ideale che ha nutrito biblioteche di inutili pubblicazioni ed un devastante contenzioso che immobilizza capitali».

³⁷² M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 219, definisce il giustificato motivo come «[...] qualsiasi motivo, purché giustificato, ossia costituente basi di una decisione coerente e sorretta da ragioni apprezzabili sul piano del diritto, che non richiedono l'analitica verifica di specifiche condizioni, ma una globale valutazione che escluda l'arbitrarietà, attraverso un giudizio di valor da parte dell'interprete (e, soprattutto del giudice) che presuppone un'attività di integrazione giuridica della norma o del contratto, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato

l'individuazione di figure sintomatiche, che mai, però, possono essere considerate come un *numerus clausus*.

In ogni caso dovrà trattarsi di una circostanza *obiettiva ed esterna* alla sfera dei contraenti, idonea a rientrare nel concetto di sopravvenienza messo in luce nel primo capitolo del presente lavoro: un evento, dunque, che è idoneo a modificare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni contrattuali. Non potrà allora assumere alcuna rilevanza a questi fini un eventuale c.d. *giustificato motivo soggettivo o interno*, che sia ad esempio legato alla mera sfera decisionale del contraente che è titolare del potere³⁷³.

Inoltre, dovrà trattarsi di una circostanza *determinata*, non potendo sorreggere una variazione unilaterale un giustificato motivo che sia indeterminato, a mezzo del quale, altrimenti, si verrebbe a legittimare uno *ius variandi ad libitum*³⁷⁴. Si badi che la determinatezza del giustificato motivo non è da confondere con la riferita elasticità della categoria: ad essere ampia è la nozione astrattamente considerata, ma, all'atto

contesto storico-sociale.». In termini analoghi si esprimono anche A. SCIARRONE ALIBRANDI - G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit., p. 88: «[...] il "giustificato motivo" consiste in un fatto successivo alla conclusione del contratto, che, nella sostanza, altera (quantomeno nel suo valore economico) l'assetto degli interessi dei contraenti così come programmato nel contratto stesso, senza che l'alterazione fosse prevedibile al tempo dell'atto – se diversa dall'inadempimento o dal deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore – né il fatto imputabile al contraente a favore del quale sia previsto lo *ius variandi*.»; F. SARTORI, *Sul potere unilaterale*, cit., pp. 137-138: «[...] integrano i presupposti del giustificato motivo quegli eventi sopravvenuti e imprevedibili al momento della stipulazione del contratto che incidono oggettivamente sul sinallagma funzionale del negozio, alterando l'originario assetto di interessi».

³⁷³ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 189; S. PAGLIANTINI, *Voce Modificazione*, cit., p. 487.

³⁷⁴ Molto chiaro su questo aspetto T. CAPURRO, *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, in *Contr. impr.*, 2013, pp. 1341 ss., che in proposito scrive: «[...] il potere attribuito ad un contraente di incidere unilateralmente (quale, appunto, lo *ius variandi*) sugli interessi dell'altro non può andare esente da un sindacato sull'esercizio del diritto. Sarebbe immeritevole di tutela la pretesa del titolare del diritto di variazione a vedersi riconosciute sempre legittime le modifiche apportate al regolamento contrattuale posto che nessuna situazione giuridica risulta suscettibile di tutela assoluta, dovendosi necessariamente contemperare con diritti e situazioni soggettive altrui. La concessione al titolare del *ius variandi* di un potere unilaterale illimitato, tale da poter persino sconvolgere l'originario assetto di interessi originariamente pattuito, condurrebbe, inoltre e ancor prima, alla nullità della clausola in quanto, come visto nei paragrafi precedenti, paleserebbe un'inammissibile violazione del principio dell'accordo che, attraverso il requisito di determinatezza-determinabilità dell'oggetto, esprime l'esigenza elementare che il contratto assuma e mantenga in tutte le sue fasi un grado di aderenza alle originarie determinazioni contrattuali tale per cui le parti siano in grado di conoscere i confini dell'impegno a cui si vincolano. Questi, nel caso in cui venisse consentito al titolare del diritto di tenere un comportamento irragionevole e arbitrario, verrebbero inammissibilmente elisi. Deve quindi ritenersi che anche l'esercizio del diritto di variazione sia assoggettato ad un sindacato *ex post* sulle modalità con le quali si è esplicato.».

concreto di esercizio del potere unilaterale di modifica, non potrà prescindere dalla ricorrenza di un giustificato motivo che sia determinato³⁷⁵.

Il giustificato motivo è in grado di dare voce tutte e tre le esigenze *supra* messe in evidenza: consente alla controparte di *conoscere* quale sia la ragione giustificatrice della variazione che il titolare del potere ha inteso apportare ed il rapporto che le lega; permette di *controllare* se la circostanza addotta come giustificato motivo effettivamente ricorra e se possa davvero costituire valido supporto giustificativo della variazione; infine, è strumento indispensabile per *attivare un sindacato* giudiziale sul singolo atto di esercizio dello *ius variandi*³⁷⁶.

Affinché ciò sia possibile, è necessario che nell'atto di esercizio dello *ius variandi* il giustificato motivo sia illustrato in modo non soltanto chiaro, ma anche

³⁷⁵ In giurisprudenza vedasi: Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, cc. 2045 ss., confermata da App. Roma, 24 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2003, pp. 119 ss., che ha ritenuto vessatoria la clausola che consentiva ad una banca di modificare incondizionatamente un contratto, senza un giustificato motivo; Trib. Torino, 22 settembre 2000, in *Giur. it.*, 2001, pp. 981 ss., che ha ritenuto vessatoria in quanto eccessivamente generica la clausola di un contratto di partecipazione ad un corso professionale, che abilitava il professionista a variare i termini del rapporto «al fine di migliorare didatticamente l'andamento del generale del corso»; Trib. Palermo, 7 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, cc. 1646 ss., che, tra le altre, ha censurato una clausola che consentiva all'ente erogatore di modificare la periodicità di fatturazione, i termini e le modalità di pagamento e di emettere fatture d'acconto, «poiché la stessa autorizza il professionista a modificare unilateralmente, senza valido motivo, le condizioni del contratto - lett. j) dell'allegato alla direttiva CEE 93/13 e art. 1469-bis 3° comma n. 11 c.c. In proposito, mette conto rilevare che la normativa comunitaria e quella di recepimento hanno inteso ridurre al minimo il *ius variandi* che il professionista era solito garantirsi nell'ambito delle contrattazioni di massa e che si poneva in sostanziale antitesi rispetto al principio consensualistico del negozio anche nell'ambito delle stipulazioni in cui le parti avevano concordato fin dall'inizio talune facoltà di modifica in favore di uno dei contraenti, presumendo la vessatorietà ove tale facoltà non presupponesse l'esistenza di "giustificati e/o validi motivi". Ora, ritiene il Collegio che al di là della natura elastica dell'espressione di cui si è detto e delle difficoltà che il giudice può incontrare nell'applicazione pratica di tale principio alla fattispecie concreta posta al suo vaglio, non può revocarsi in dubbio che la tipizzazione, all'interno del contratto come si cura di specificare la direttiva comunitaria, delle circostanze concrete che abilitano la parte predisponente all'esercizio di modifiche unilaterali appare preliminare per consentire all'interprete di compiere il vaglio di cui si è detto. Da ciò non può che conseguire che la previsione di una modifica unilaterale del contenuto negoziale non suffragata dalla previsione di un giustificato motivo fa presumere l'abusività della pattuizione e conseguentemente il significativo squilibrio in danno del consumatore quando dal complessivo tenore dei patti non sia altrimenti possibile individuare le ragioni giustificatrici del potere riconosciuto al professionista.».

³⁷⁶ F. SARTORI, *Sul potere unilaterale*, cit., p. 146: «[i]l "giustificato motivo" sembra la chiave di lettura per reagire ad un utilizzo distorto ed iniquo di un potere vibrante. Si tratta infatti del criterio euristico che permette all'interprete di sancire con l'ineffettività una modifica illegittima; e a monte dello "strumento conoscitivo" che consente al cliente di cogliere il vero fondamento e la congruità delle variazioni unilaterali comunicate [...]».

comprensibile alla controparte. Vi è, dunque, non soltanto un vero e proprio onere di allegazione del giustificato motivo, ma anche la necessità di rispettare delle regole nella sua presentazione³⁷⁷. Il che acquista ancora maggiore rilievo in quei casi in cui tra le parti vi sia una diversa capacità di comprensione del contratto e degli atti collegati, come sovente accade nei rapporti asimmetrici. Soltanto così è possibile assicurare un'effettiva comprensione del giustificato motivo posto a fondamento della variazione contrattuale e, di conseguenza, una scelta consapevole della controparte tra tre alternative: soggiacere alla modifica senza alcuna reazione; avviare un *iter* per il sindacato sulla variazione; esercitare il diritto di recesso, ma soltanto nei casi in cui lo si sia previsto.

9. Il sindacato sul giustificato motivo. Il ruolo svolto dall'Arbitro Bancario Finanziario nella definizione del giustificato motivo con riguardo allo *ius variandi* bancario

Calandosi dal piano teorico a quello pratico, si deve riscontrare la delicatezza della valutazione circa la ricorrenza in concreto di un giustificato motivo a supporto di una variazione unilaterale, al punto che non è mancato chi ha tentato di elaborarne delle cd. *figure sintomatiche* nell'intento di agevolare l'interprete.

Al di fuori dei casi – per la verità rari – in cui la legge o l'autonomia privata abbiano perimetrato con precisione tale clausola generale con un elenco tassativo di fattispecie che possono assurgere a giustificato motivo, non sempre risulta evidente se la circostanza addotta dal titolare del potere possa integrare un giustificato motivo³⁷⁸. Le parti, infatti, nella clausola che regola il potere potrebbero aver

³⁷⁷ A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., pp. 37-38; F. SARTORI, *Sul potere unilaterale.*, cit., p. 142. Con riferimento all'ambito processuale, poi, pare potersi affermare che l'onere di provare la ricorrenza di un valido giustificato motivo gravi sulla parte convenuta e cioè su chi abbia dato luogo alla variazione mediante esercizio del suo diritto potestativo.

³⁷⁸ Osserva in proposito M. GAMBINI, *Fondamento*, cit., p. 218, come «[...] non può sottacersi l'estrema delicatezza dell'indagine volta a riconoscere nel caso concreto gli estremi della sussistenza di un giustificato motivo, nella consapevolezza che l'effettiva tutela della parte destinata a subire il mutamento dipenderà in gran parte dall'esplicazione che avrà tale clausola generale.». Un tentativo definitorio è quello compiuto da A. SCIARRONE ALIBRANDI - G. MUCCIARONE, *La pluralità*, cit., pp. 80-81, che propongono un'interessante ipotesi ricostruttiva del giustificato motivo con riferimento

richiamato il giustificato motivo in modo generico; d'altronde nessun indice normativo che tipizza lo *ius variandi* impone di specificare la nozione nel contratto.

Il sindacato sul giustificato è complesso non soltanto per il problema della sua concreta individuazione. Chi è chiamato ad effettuare tale sindacato deve anche compiere quello che viene ormai comunemente definito *giudizio di congruità*, deve cioè ricercare un rapporto di causa-effetto tra il giustificato motivo addotto dal titolare del potere e la variazione delle condizioni contrattuali apportata³⁷⁹.

In tutto ciò sta la delicatezza del sindacato sul giustificato motivo, che andrà condotto senza scomodare regole di equità, ma avendo un riferimento ben preciso: il programma contrattuale, rispetto al quale l'atto di esercizio dello *ius variandi* dovrà rivelarsi coerente³⁸⁰.

Altro riferimento sarà la clausola di buona fede, che opera, quindi, non soltanto a monte, in sede di attribuzione del potere, come si è tentato di mettere in evidenza nel capitolo precedente, ma anche quando esso viene esercitato. E proprio come ogni

all'ambito bancario, la quale, tuttavia, pare suscettibile di una generalizzazione, utile ai fini della riflessione condotta nel testo. Gli Autori, infatti, riconducono al giustificato motivo alla base dello *ius variandi* unicamente le sopravvenienze prese in considerazione nella legge: «[n]on pare irragionevole [...] muovere la costruzione del giustificato motivo identificandone la parte sostantiva con un accadimento futuro rispetto al tempo della conclusione del contratto. Il passaggio successivo, poi, non può che essere l'osservazione [...] che non ogni evento futuro può costituire giustificato motivo: altrimenti il requisito evaporerebbe: *panta rei*. A questo punto, per individuare gli eventi futuri che possono costituire giustificato motivo, pare doversi volgere lo sguardo al sistema: alle ipotesi di sopravvenienze, cioè, in cui il legislatore, in materia di obbligazioni e contratti (più o meno) in generale, attribuisce alla parte danneggiata un potere per tutelarsi dalla sopravvenienza ed in cui, in concreto, tale parte, potrebbe avere interesse alla prosecuzione del rapporto a contenuto modificato.». Sul ruolo delle cd. *figure sintomatiche* vedasi pure A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., p. 39.

³⁷⁹ F. SARTORI, *Sul potere unilaterale*, cit., p. 144. In giurisprudenza si è sottolineato che è unicamente al giustificato motivo comunicato alla controparte che dovrà farsi riferimento nella valutazione della legittimità della variazione. In proposito vedasi Trib. Rimini 22 agosto 2001, in *Diritto bancario*, rivista reperibile online: «[n]ell'atto di modifica – di natura recettizia – deve essere allegato il fatto che lo giustifica ed è solo del motivo ivi indicato che si dovrà tenere conto ai fini di valutare la legittimità della modifica». Tale pronuncia ha ritenuto eccessivamente generica la giustificazione addotta per la variazione, che richiama *l'andamento del rapporto creditizio*, senza altro aggiungere.

³⁸⁰ T. CAPURRO, *La clausola*, cit., p. 1341: «[i]l diritto potestativo di unilateralmente variare taluni elementi del contratto non può essere dissociato dall'originario assetto al quale attiene e che lo giustifica e che da questo trae al contempo il proprio fondamento e i propri limiti. Il programma contrattuale esprime una portata normativa i cui valori costituiscono in tal senso fonte e criterio delle operazioni valutative alla stregua delle quali deve condursi il giudizio di buona fede, che assume pertanto una duplice rilevanza: sia quale fonte integrativa della clausola, sia quale criterio per sindacare l'esercizio del diritto di variazione. La modifica non può essere concepita indipendentemente dallo specifico rapporto cui attiene.»

volta che si debba far applicazione del principio di buona fede, anche in questo caso saranno rilevanti tutte le circostanze del caso concreto, che l'interprete è chiamato a ricercare con attenzione.

In definitiva, ad orientare l'interprete nel difficile sindacato sul concreto atto di *ius variandi* è la combinazione tra la volontà delle parti, consacrata nell'assetto negoziale originario, e la clausola di buona fede.

A testimonianza della complessità tanto della nozione di giustificato motivo, quanto del suo sindacato, ci sono le vicende che hanno interessato il giustificato motivo di cui all'art. 118 T.u.b., su cui negli ultimi anni più e più volte è stato chiamato ad esprimersi non tanto il giudice di merito, quanto l'Arbitro Bancario Finanziario, sia a livello dei diversi Collegi territoriali, sia a livello di Collegio di Coordinamento³⁸¹.

Tra i molteplici settori in cui trova esplicazione il potere di modifica unilaterale del contratto, quello bancario, per quanto riguarda il profilo in esame, costituisce un *unicum*. Infatti, in altri ambiti non si ancora compiuto un percorso volto a delimitare la nozione di giustificato motivo con specifico riguardo al settore di riferimento³⁸². Qui, dopo le iniziali e fisiologiche incertezze, si è pervenuti ad una casistica che consente di ricostruire una categoria dai contorni se non proprio definiti, quantomeno più riconoscibili.

Una prima pronuncia del Collegio di Coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario risale al 2016³⁸³, quando tale organismo è stato chiamato a esprimersi su di un ricorso con il quale il titolare di un conto deposito contestava l'applicazione di numerose variazioni unilaterali dei tassi. L'occasione ha consentito al Collegio di Coordinamento di fare alcune precisazioni sulla categoria del giustificato motivo applicata alle variazioni unilaterali dei rapporti bancari.

Partendo da presupposto che lo *ius variandi* è diretto a conservare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni contrattuali attraverso un'eccezionale modifica

³⁸¹ Per una rassegna di alcune di queste decisioni si vedano le pagine di: A.A. DOLMETTA, *Linee evolutive*, cit., pp. 47 ss.; G. OLIVIERI, *Usi e abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in A.A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi*, cit., pp. 112 ss., pp. 121 ss.

³⁸² S. PAGLIANTINI, *Voce Modificazione*, cit., p. 487, ritiene che soltanto in ambito bancario la categoria del giustificato motivo ha mostrato «accenni di una positiva (ed affidante) concretizzazione definitoria».

³⁸³ Coll. Coord. ABF, 12 dicembre 2016, n. 1889, Presidente Massera, Estensore Tina.

unilaterale di un negozio giuridico in regolare corso di esecuzione, l'Arbitro Bancario Finanziario ha affermato che il giustificato motivo non può essere generico, ma deve riguardare «eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario», alludendo, dunque, alla necessità di compiere quello che si è definito sopra come *giudizio di congruità*³⁸⁴.

Inoltre, l'Arbitro ha ribadito l'importanza dell'aspetto della comunicazione del giustificato motivo, tenuto conto che «il riferimento al requisito dei giustificati motivi non può essere limitato alla loro effettiva sussistenza, ma deve estendersi anche alla loro comunicazione». Non a caso in altre occasioni l'Arbitro Bancario Finanziario ha affermato che, trattandosi di comunicazioni recettizie, è onere dell'intermediario provare non soltanto l'invio, ma anche l'avvenuta ricezione degli atti di esercizio dello *ius variandi*³⁸⁵, e che la comunicazione della modifica unilaterale deve avere un contenuto tale da consentire al cliente di poter valutare la congruità della modifica rispetto al giustificato motivo³⁸⁶.

Nel 2018 il Collegio di Coordinamento è stato investito della diversa questione attinente all'idoneità dell'introduzione di nuove norme in ambito bancario ad assurgere a giustificato motivo di un atto di esercizio dello *ius variandi*. Nello specifico, a ricorrere era il titolare di un conto corrente, che si doleva dell'addebito di una somma in ragione del recepimento da parte dell'ordinamento italiano della normativa europea sulla contribuzione al Fondo di Risoluzione Unico. L'intermediario, infatti, aveva ricondotto a tale *ius superveniens* la variazione dei termini del rapporto, in considerazione dell'incremento dei costi di gestione derivanti da tali norme per l'impresa bancaria³⁸⁷.

³⁸⁴ Uno dei principi di diritto enunciati dalla decisione in commento è il seguente: «[l]a comunicazione ex art. 118 T.u.b. non deve raggiungere un livello di analiticità tale da abbracciare anche il profilo quantitativo, ma può limitarsi ad una indicazione delle ragioni che hanno determinato le modifiche prospettate, che, seppur sintetica, sia in ogni caso idonea a consentire al cliente una verifica in termini di congruità.».

³⁸⁵ Coll. ABF Milano, 30 gennaio 2018, n. 2670, Presidente Lapertosa, Estensore Fausti; Coll. ABF Milano, 2 agosto 2010, n. 863, Presidente Gambaro, Estensore Estrangeros.

³⁸⁶ Si segnala la decisione in esame anche per lo sforzo di compiere una rassegna della casistica sottoposta all'attenzione dell'Arbitro Bancario Finanziario, con indicazione della valutazione compiuta.

³⁸⁷ Coll. Coord. ABF, 12 dicembre 2018, n. 26498, Presidente Massera, Estensore Lucchini Guastalla.

In quest'occasione l'Arbitro Bancario Finanziario ha chiarito che non si può escludere una rilevanza della sopravvenienza normativa quale giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 T.u.b. In particolare, ha distinto a seconda che la novella normativa introduca costi *una tantum* o costi permanenti. Soltanto in quest'ultima evenienza, potendosi riscontrare quel rapporto di causa-effetto di cui si va alla ricerca in quello che si è definito *giudizio di congruità*, lo *ius superveniens* è in grado di giustificare una variazione unilaterale³⁸⁸.

Pertanto, nel caso di specie, l'Arbitro ha escluso la legittimità della modifica, in quanto l'istituzione del Fondo di Risoluzione Unico determinava sì costi a carico dell'intermediario, ma che non erano in alcun modo correlati alla variazione apportata³⁸⁹.

10. *Ius variandi* e recesso: una combinazione necessaria?

Una riflessione che intenda ricostruire lo *ius variandi* muovendo dalle più recenti norme di settore che lo contemplano deve prendere atto che, come già messo in luce nel primo capitolo del presente lavoro, il potere di modifica unilaterale del contratto si trova sovente combinato al diritto di recesso di colui che è chiamato a subire la variazione del rapporto³⁹⁰. La sua previsione è funzionale a realizzare una sorta di bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti: non soltanto quello di una parte

³⁸⁸ La decisione ha enunciato il seguente principio di diritto: «[...] la sopravvenienza normativa non è di per sé un giustificato motivo ai sensi dell'art. 118 T.u.b., ma, in alcuni casi, può assumere rilevanza a tal fine; ad esempio, quanto la stessa normativa preveda la possibilità di modifiche unilaterali (ai sensi dell'art. 118 T.u.b.) ovvero qualora incida sul costo delle attività o dei servizi interessati dalla modifica unilaterale.». In precedenza in tal senso sulla medesima fattispecie vedasi Coll. ABF Torino, 5 maggio 2017, n. 4845, Presidente ed Estensore Lucchini Guastalla.

³⁸⁹ Si legge nella decisione: «[...] la scelta compiuta dall'intermediario è totalmente svincolata dalla tipologia contrattuale interessata dalla variazione, nonché priva di qualsiasi collegamento con gli oneri previsti originariamente per tali contratti, risolvendosi, in sintesi, nel riversamento sulla clientela di un costo sopravvenuto.». Nella decisione si considera questa ipotesi analoga al caso in cui il legislatore imponesse agli intermediari di dotare le proprie filiali di vetri antiproiettile e tale costo venisse scaricato sulla clientela mediante un esercizio generalizzato dello *ius variandi*.

³⁹⁰ In proposito A. PISU, *L'adeguamento*, cit., pp. 117-118 distingue tra ipotesi di *ius variandi c.d. forte*, in cui non è data alcuna possibilità di reazione al contraente soggetto al potere, e fattispecie di *ius variandi c.d. debole*, in cui, invece, gli è attribuito il diritto di recesso.

a poter incidere unilateralmente sul rapporto in corso d'opera, ma anche quello dell'altra a sciogliersi da esso ove non ne ritenga più conveniente la prosecuzione.

Una tale constatazione potrebbe indurre a ritenere che quest'associazione sia sempre necessaria, anche nell'ipotesi in cui lo *ius variandi* trovi la propria fonte nell'accordo. La necessità dell'associazione tra *ius variandi* e recesso è una prospettiva innovativa di grande interesse, che merita di essere approfondita e vagliata.

A sostegno della necessità di una tale combinazione si adduce la considerazione che i dati normativi ove è previsto il diritto di recesso hanno un ambito di applicazione particolarmente vasto, basti soltanto pensare allo *ius variandi* della disciplina consumeristica e a quello bancario, al punto che potrebbero assurgere a ipotesi paradigmatiche del potere di modifica unilaterale del contratto. La prospettiva, dunque, andrebbe rovesciata: quando la legge attribuisce al contraente in posizione di soggezione il diritto di recesso a fronte di un atto di esercizio dello *ius variandi* non avrebbe delineato un modello alternativo di funzionamento dell'istituto in funzione di protezione di un contraente reputato più debole, ma, al contrario, avrebbe fatto applicazione di quelli che sono i principi generali recepiti dall'ordinamento rispetto alla materia in esame. Insomma, da eccezionale, tale modello acquisirebbe carattere generale ed eccezionali, invece, sarebbero quei casi in cui al contraente in posizione di soggezione non sia data possibilità di svincolarsi dal rapporto in caso di variazione unilaterale.

In particolare, tra gli argomenti a sostegno di questa tesi, si richiama una linea evolutiva del sistema del diritto privato, che negli ultimi anni si è mosso nella direzione di una sempre maggiore attenzione nei confronti dei contraenti che versano di fatto in una condizione di debolezza e che, quindi, sono maggiormente esposti ad abusi. Il diritto di recesso, dunque, sarebbe necessario proprio per tutelare costoro da un esercizio abusivo del potere.

Laddove la legge non lo contempra, ciò dipenderebbe da una valutazione politica compiuta dal Legislatore, a cui l'interprete non potrebbe mai sostituirsi andando a ricavare ermeneuticamente la titolarità del diritto di recesso in capo al contraente esposto alla variazione unilaterale. O, forse, più concretamente, potrebbe dirsi che la mancata previsione del recesso in alcune delle fattispecie tipiche di *ius variandi* sia

da ricondurre più semplicemente alla circostanza che, nel tempo in cui furono redatte, non vi era ancora una grande sensibilità rispetto alla tematica della protezione del contraente debole.

In una prospettiva critica rispetto alla ricostruzione sopra esposta, altre ricostruzioni obiettano che il modello che vuole combinare *ius variandi* e diritto di recesso non può essere generalizzato al punto da ritenerlo la regola che orienti la predisposizione della clausola di *ius variandi* pattizio atipico.

Tra i vari argomenti elaborati, in particolare, si afferma che, a ragionare secondo il modello prima descritto, lo *ius variandi* verrebbe ad essere connotato *da una certa debolezza*³⁹¹. Ed in effetti, riconoscendo alla controparte il diritto di recesso, si andrebbe ad indebolire la possibilità di rendere effettivo l'interesse dell'altro contraente all'adeguamento del rapporto tramite la modifica unilaterale. Il rischio, insomma, è che, nel pur meritevole intento di dare una tutela adeguata a colui che versi nella posizione di soggezione, si venga a frustrare proprio quell'interesse che ha condotto all'inserimento nel contratto della pattuizione sullo *ius variandi*, almeno ogni qual volta il recesso non sia esercitato per reagire ad un abuso, ma semplicemente perché non si intende soggiacere alla variazione³⁹².

Tale argomento pare idoneo a giustificare l'adesione alla tesi che nega che lo *ius variandi*, anche laddove trovi fondamento nell'autonomia privata, debba necessariamente essere bilanciato dal riconoscimento di un diritto di recesso alla controparte. Tuttavia, un'ultima considerazione sembra avere carattere dirimente. La preoccupazione che anima quanti sostengono la tesi in esame è quella di fornire un mezzo di tutela efficace al contraente che subisce un esercizio abusivo del potere di modifica unilaterale. Tuttavia, come già si è visto, nell'ordinamento un tale strumento non manca ed è costituito dalla clausola di buona fede. La clausola di buona fede, declinata nel giustificato motivo che deve sorreggere la variazione, è di per sé mezzo valido per tutelare la parte in posizione di soggezione.

³⁹¹ Si riprende un'espressione di A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 117.

³⁹² Come osserva A. PISU, *op. ult. cit.*, in nota: «[s]ebbene spesso sia invocato quale rimedio, il diritto di recesso, in una corretta prospettiva, non può essere considerato un mezzo di reazione all'esercizio abusivo del *ius variandi*, in quanto è concepito più semplicemente come contropotere al diritto di modifica unilaterale legittimamente esercitato, al fine di realizzare un più equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco».

Né pare sostenibile che il recesso sia un rimedio maggiormente idoneo della clausola di buona fede a tutelare la controparte, consentendo ad essa di sciogliersi unilateralmente dal vincolo, senza l'intervento di un giudice. Infatti, è sì vero sia che le contestazioni concernenti la violazione della buona fede nell'esercizio dello *ius variandi* non possono condurre allo scioglimento del vincolo, sia che danno luogo a contenzioso, ma è pur vero che nella pratica il recesso spesso si rivela un mezzo di tutela soltanto sulla carta, al punto da lasciare perplessi autorevoli studiosi della materia³⁹³.

Molteplici, infatti, sono i suoi profili di debolezza. Innanzitutto è un rimedio che deve essere esercitato entro limiti di tempo molto stretti, a differenza di una contestazione che investa il profilo della buona fede nell'esercizio dello *ius variandi*, la quale potrebbe farsi anche a distanza di tempo dall'atto di modifica unilaterale. Inoltre, anche il recesso è foriero di contenzioso, non meno del giustificato motivo.

In conclusione, se nulla vieta alle parti nella loro autonomia priva di accordarsi nel senso di riconoscere al contraente in posizione di soggezione un diritto di recesso, si ritiene che quello della necessità di una combinazione tra *ius variandi* e recesso non sia un principio generale dell'ordinamento.

11. La clausola di *ius variandi* meramente potestativo e il diritto di recesso

Altro problema concernente il diritto di recesso abbinato al potere di modifica unilaterale del contratto è quello della possibilità di impiegare il recesso al fine di riconoscere un ambito di operatività a quello che si è definito nelle pagine precedenti come *ius variandi* meramente potestativo.

Si è visto, infatti, che ove ci si accordi per riconoscere ad una delle parti un potere di modifica unilaterale senza limiti, appunto *ius variandi* meramente potestativo, le opinioni in dottrina sono principalmente nel senso di ritenere la clausola nulla. Tutt'al più, chi la reputa valida, ritiene la clausola comunque bisognosa di un'integrazione in base al canone di buona fede.

³⁹³ A.A. DOLMETTA, *Postfazione: cercando i confini del «ius variandi bancario»*, in A.A. DOLMETTA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi*, cit., pp. 245 ss., p. 252.

Entrambe queste ricostruzioni muovono dal presupposto dell'inammissibilità nell'ordinamento della clausola di *ius variandi* meramente potestativo, tuttavia, vi è un terzo ordine di idee che parte dal presupposto opposto e cioè riconoscendo dei margini di operatività a detta pattuizione. La condizione che si pone è la combinazione dello *ius variandi* meramente potestativo al diritto di recesso.

A sostegno di questa tesi si adduce l'argomento secondo cui il diritto di recesso garantirebbe l'*exit* dal rapporto al contraente in posizione di soggezione, riequilibrando la disparità prodotta dalla clausola attributiva del potere. Dunque, se nel paragrafo precedente si è esclusa la necessità di una combinazione tra potere di modifica unilaterale del contratto e recesso, tale associazione tornerebbe invece ad essere necessaria quando si voglia prevedere che il potere sia esercitabile arbitrariamente.

Tuttavia, come è stato osservato dalla dottrina che si è interessata dalla questione³⁹⁴, il diritto di recesso non è uno strumento che ha esattamente lo stesso peso dello *ius variandi* meramente potestativo, sì da riportare i contraenti in posizione di pari forza. La controparte, infatti, pur titolare del diritto di recesso, è posta innanzi al bivio tra il far proseguire il rapporto come modificato oppure farlo cessare a seguito dell'esercizio del suo recesso. Non ha alcun potere di ripristino della situazione antecedente alla variazione ed è questa la principale ragione che porta ad escludere la possibilità di ritenere legittimo il potere arbitrario. Per tale ragione, se la controparte ha un particolare interesse alla conservazione del rapporto, sarebbe costretta a preferire la sua sopravvivenza allo scioglimento.

Per evitare che il contraente in posizione di soggezione si trovi innanzi a tale bivio, si è convinti che non sia possibile riconoscere patente di validità alla clausola di *ius variandi* meramente potestativo per il sol fatto che in essa si contempi la possibilità per la controparte di recedere.

³⁹⁴ Tra i pochi autori che si sono interessati della questione c'è G. IORIO, *Le clausole*, cit., pp. 235-236, il quale in modo molto limpido afferma: «[n]on essendo i due istituti simmetrici, i profili di illiceità della clausola che attribuisca genericamente il potere unilaterale di modifica non vengono affatto assorbiti dalla previsione di una contestuale clausola attributiva del potere di sciogliere unilateralmente il contratto».

12. I profili strutturali della modifica in caso di combinazione dello *ius variandi* al diritto di recesso

Si è pervenuti alla conclusione che la combinazione tra *ius variandi* e diritto di recesso è soltanto una delle alternative che le parti hanno nella configurazione della clausola attributiva del potere di modifica unilaterale. Ove questa soluzione sia prescelta, si pongono questioni nuove rispetto a quando ci si limiti soltanto ad attribuire ad una parte il potere di modifica unilaterale del contratto.

Tra di esse, la più rilevante è quella che attiene al profilo strutturale del potere. In particolare, ci si deve chiedere se l'abbinamento di *ius variandi* e diritto di recesso consenta di ricostruire la modifica come una vicenda bilaterale e, più precisamente, come un procedimento semplificato di formazione del consenso. Infatti, anche alla luce di dati normativi equivoci, come l'art. 118 T.u.b., che discorre di *proposta di modifica unilaterale del contratto*, si è sostenuto che in questi casi la modifica non sarebbe il frutto dell'esercizio di un diritto potestativo e, quindi, una vicenda unilaterale, ma sarebbe ravvisabile una proposta di modifica, che, combinata al mancato esercizio del diritto di recesso, determinerebbe un accordo modificativo³⁹⁵.

Più nello specifico, il contraente munito dello *ius variandi* non sarebbe altro che titolare del potere di proporre una modifica del contratto. Tale proposta di per sé sola

³⁹⁵ Come sostengono: A. FICI, *Osservazioni*, cit., p. 413; R. LENER, *Clausola*, cit., p. 263; A. SCARPELLO, *La modifica*, cit., pp. 300-301. Di recente: A.M. BENEDETTI, *Il ius variandi, nei contratti bancari, esiste davvero?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 613 ss., p. 622: «[s]e questa è un'analisi esatta, è opportuno rimeditare la natura di questo potere, almeno se esercitato nel contesto di un rapporto bancario: se, infatti, il *ius variandi* è potere di variare, autoritativamente, il regolamento contrattuale senza il consenso dell'altra parte [perché in questa sua essenza autoritaria sta, anche, la sua massima efficienza], attraverso una “decisione” che, per quanto possa dover essere circostanziata, è di una sola parte, e non dell'altra, la configurazione legislativa del *ius variandi* nei contratti bancari/sui servizi di pagamento porta a escludere l'esistenza, in capo alla Banca, di un potere che possa rientrare nell'accolta nozione di *ius variandi*: la Banca non può modificare unilateralmente il regolamento contrattuale; può solo formulare una proposta di modifica che, mediante il meccanismo del silenzio-mancato recesso, può perfezionarsi in contratto solo con una partecipazione volitiva (per quanto procedimentalmente configurata in modo speciale, in un'ottica che, senza dubbio, cerca di preservare la concreta operatività del *ius variandi* come strumento di gestione delle sopravvenienze) dell'altro contraente. Se di volontà si tratta [per quanto configurata dal legislatore in modalità certamente particolari], come tale va trattata, dal punto di vista, ad esempio, della sua formazione (che dev'essere immune da vizi). Sicché si potrebbe concludere, forse eccedendo in provocazione, che, nel settore bancario, il *ius variandi* propriamente detto, a rigore, non esiste.».

non ha alcuna idoneità a realizzare la vicenda modificativa del rapporto, ma dovrebbe combinarsi con il mancato esercizio del diritto di recesso di cui è titolare la controparte. In questo modo si formerebbe un accordo modificativo ex art. 1321 c.c.³⁹⁶.

La peculiarità rispetto ad un ordinario accordo modificativo risiederebbe innanzitutto nella circostanza che il consenso della controparte non è espresso, ma è una sorta di silenzio assenso, ricavato dal mancato esercizio del recesso. Inoltre, altro aspetto peculiare è costituito dal fatto che la controparte è posta di fronte al bivio tra accettare la modifica proposta o meno, dovendo in quest'ultimo caso rinunciare anche al rapporto a seguito del recesso. Non gli è data né la possibilità di passare da oblato a proponente con una controproposta, né quella di rifiutare la proposta.

Il merito di questa ricostruzione è di certo lo sforzo che essa compie per inquadrare un fenomeno largamente diffuso entro delle categorie che, a prima vista, non sarebbero idonee ad inquadrarlo. Ci si riferisce al dogma del necessario consenso per la realizzazione di una vicenda modificativa. Tuttavia, nel precedente capitolo si è tentato di dimostrare l'infondatezza di tale assunto in una prospettiva di sistema. Di conseguenza, la tesi in esame finisce per apparire con un tentativo di inquadramento del fenomeno entro schemi ermeneutici superati. Infatti, non sono mancati gli autori che l'hanno criticata.

La prima obiezione che viene mossa è che rileva come la tesi sopra esposta ricorrerebbe ad un'evidente finzione per descrivere il prodursi della vicenda modificativa frutto dello *ius variandi*. Nella pratica, infatti, le parti che convengono l'attribuzione ad una di esse del potere di modifica unilaterale del contratto vogliono che la sola manifestazione di volontà di questi possa produrre la variazione del rapporto che li lega e non vogliono ricollegarla anche al mancato recesso dell'altro contraente. Dunque, non soltanto si ricorrerebbe ad una finzione, ma per di più artificiosa, in quanto altererebbe il dato fattuale. Il recesso, infatti, non può che

³⁹⁶ Pare riecheggiare in tale ricostruzione una teoria sviluppata a partire dalle ipotesi del c.d. *recesso-pentimento* o *ius poenitendi*, come quelle dei contratti a distanza o di quelli negoziati al di fuori dei locali commerciali, secondo cui il mancato esercizio del recesso sarebbe un elemento necessario per la formazione dell'accordo. Tuttavia, mentre in questo caso il mancato recesso-pentimento affiancherebbe una volontà già prima manifestata in forma espressa, nel caso del mancato recesso si sarebbe innanzi ad una prima ed unica manifestazione (tacita) di volontà.

intervenire quando la modifica ha ormai già spiegato la propria efficacia sul rapporto e non ha altro valore che quello di un'abdicazione al rapporto contrattuale³⁹⁷.

Altra obiezione è quella che riscontra come la tesi esposta di fatto finisca con il ridimensionare ingiustificatamente un nutrito insieme di dati positivi, su cui già ci si è diffusamente soffermati nel capitolo precedente.

Inoltre, a voler entrare nel merito della ricostruzione, si osserva che, da una parte è indubbio che il silenzio possa rappresentare una forma di manifestazione tacita di volontà, tuttavia non ogni situazione in cui sia rinvenibile un contegno omissivo può assurgere a manifestazione tacita di volontà, altrimenti si correrebbe il rischio di imporre ai consociati rapporti concretamente non voluti. Dunque, affinché il silenzio in ambito privatistico possa avere valore significativo, secondo la dottrina più attenta è necessario che ricorrano una serie di condizioni in grado di assicurare che dietro il silenzio vi sia una volontà effettiva.

Orbene, una delle condizioni in questione è che alla parte sia data anche l'alternativa opposta al tacere e cioè quella di manifestare una volontà contraria a quella che si desume dal silenzio. Ciò, rapportato allo *ius variandi*, significa che alla controparte, oltre alla possibilità di non recedere - e, quindi, secondo questa tesi, di acconsentire alla modifica - o di recedere - e, quindi, sciogliersi dal vincolo -, dovrebbe essere data l'ulteriore alternativa di rifiutare la modifica senza alcuna incidenza sul vincolo contrattuale. Dal momento che ciò non è possibile nei casi in cui vi sia stata la combinazione di *ius variandi* e diritto di recesso, deve concludersi che il silenzio per il mancato recesso non può vedersi riconosciuto un valore

³⁹⁷Osserva acutamente A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 122, che «[...] la riconduzione della vicenda modificativa ad una fattispecie bilaterale, ossia all'accordo raggiunto mediante accettazione tacita del contraente che non esercita il diritto di recesso, sembra un espediente teso a superare eventuali obiezioni fondate sul principio del consenso bilaterale. Si tratta, tuttavia, di un'evidente finzione, alla quale oltretutto non è necessario ricorrere in quanto, allo stato attuale, non si dubita in termini generali della compatibilità della (determinazione e) modifica unilaterale, ovviamente non arbitraria, con la natura consensuale del contratto». Analogamente, con riferimento allo *ius variandi* in ambito di rapporti bancari, anche G. IORIO, *Le clausole*, cit., p. 237: «[i]l cliente, in questo caso, non è posto di fronte alla scelta se accettare o meno la "proposta di modifica". Ed infatti la sua sfera giuridica (a seguito dell'esercizio dello *ius variandi* e della decorrenza del termine di preavviso) risulterà già definitivamente modificata: il mancato esercizio del diritto di recesso, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione ricevuta, non può dunque assumere la natura di accettazione tacita, essendo stato il rapporto già modificato attraverso l'esercizio del *ius variandi*.».

positivo, dovendosi quindi negare che in questi casi la vicenda presenti una struttura bilaterale³⁹⁸.

Infine, si evidenzia che la preoccupazione di tutelare la parte che subisce la modifica da intrusioni nella propria sfera giuridica, che è una preoccupazione ancor più degna di considerazione se si rileva che i rapporti in questione sono sovente rapporti tra parti con una diversa forza contrattuale, non può essere risolta formalmente con il richiamo ad un principio strumentale alla ricostruzione di un finto consenso. Piuttosto deve dirsi che la modifica unilaterale della sfera giuridica del contraente in posizione di soggezione in tanto è possibile poiché questi ha prestato a monte il suo consenso al tempo del perfezionamento del contratto, quando ha consentito, tra le altre cose, all'inserimento in esso della clausola attributiva dello *ius variandi*.

La riferita preoccupazione può ben trovare un riscontro concreto richiamando ancora una volta la clausola di buona fede: la tutela del contraente in posizione di soggezione è da ricercarsi non tanto nella fase genetica dello *ius variandi*, ma in quella del suo dinamismo e, quindi, nella clausola di buona fede, che, come si è sopra visto, consente di sindacare quegli atti di esercizio del potere emulativi o abusivi³⁹⁹.

Tuttavia, anche quanti negato struttura bilaterale alla vicenda modificativa nata dall'atto di esercizio dello *ius variandi*, cui segua il mancato esercizio del diritto di recesso da parte dell'altro contraente, pervengono alla conclusione che sia consentito

³⁹⁸ Sul punto vedasi ancora A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 127: «[...] coloro che sostengono che la vicenda modificativa si realizza non per volontà unilaterale, ma in forza di un accordo raggiunto mediante comunicazione della proposta di modifica alla quale fa seguito, da parte del destinatario, il mancato esercizio del potere di scioglimento del vincolo, dovrebbero spiegare come si possa in ciò ravvisare la volontà di accettare la variazione del rapporto in corso di esecuzione, laddove "all'obalto" non è dato esprimere l'intento, esattamente opposto, di rifiutare la modifica e proseguire la relazione contrattuale secondo il regolamento prefissato. In assenza di tale facoltà di scelta, la pretesa di attribuire al silenzio, o meglio al mancato esercizio del recesso, il valore di accettazione tacita della variazione "proposta" dalla controparte è il frutto di una finzione tendente a ravvisare una volontà modificativa laddove essa è inesistente. Si tratta, per meglio dire, di una distorsione delle elaborazioni concettuali che hanno riconosciuto rilevanza al silenzio quale contegno che può esprimere in forma tacita una volontà che tutta deve essere attuale, reale ed esistente».

³⁹⁹ In questa prospettiva si veda quanto scrive A. BARENGHI, *Determinabilità*, cit., p. 45: «[p]iù che al terreno della teoria dell'oggetto, ed ai principi di corrispettività o di bilateralità, e l'indagine comparativa può contribuire a convincersene, la influenza unilaterale sul vincolo, o sull'oggetto del vincolo, può forse cercare soluzioni più immediate e adeguate sul piano del controllo dell'esecuzione e nell'elaborazione di regole e figure sintomatiche capaci di fornire misura in linea generale all'esercizio della discrezionalità unilaterale nei rapporti privati, da cui può anche risultare una più incisiva salvaguardia dei valori che dalla determinazione unilaterale si teme possano essere incisi».

all'autonomia privata configurare un vicenda modificativa bilaterale nei termini sopra descritti, ma, appunto, affinché ciò accada, è necessaria una chiara presa di posizione delle parti nel regolamento contrattuale⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 136.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro è scaturito da un interrogativo: lo *ius variandi* merita la patente di *istituto* del diritto privato? Si è convinti, infatti, che la sola circostanza che esso non risulti codificato in termini generali, magari tra le disposizioni sul contratto in generale del codice civile, non possa esimere dalla presa di coscienza di una sua *ontologia* nell'ordinamento.

Il potere di modifica unilaterale del contratto è una realtà con cui bisogna fare i conti in diversi settori del diritto in senso lato, nonché del diritto privato. Lo testimonia innanzitutto quel processo di codificazione ancora in corso, pur limitato ad alcuni settori del diritto privato, tra cui spicca l'ambito consumeristico. Sempre più spesso poi, anche al di fuori degli ambiti positivizzati, l'autonomia privata ricorre a pattuizioni attributive di tale potere, che ben rispondono a nuovi ambiti della contrattualistica; emblematico, da questo punto di vista, è quanto accaduto nel commercio internazionale.

E se, riprendendo un noto brocardo, *ex facto* origina il diritto, tutto ciò pare rappresentare un valido elemento a giustificazione di una riflessione sulla materia, quale quella che si è tentato di sviluppare.

Prendendo atto di un panorama in cui i formanti normativo, dottrinale e giurisprudenziale molto spesso semplificano i termini delle questioni poste dal potere di modifica unilaterale del contratto, lo scritto ha inteso innanzitutto mettere in chiaro la distinzione che sussiste tra la clausola attributiva dello *ius variandi*, il potere in sé considerato – cioè quale situazione giuridica soggettiva attiva, segnatamente quale diritto potestativo – e il potere nell'atto del suo concreto esercizio. È facile infatti intuire che il momento genetico di una situazione giuridica pone questioni diverse rispetto ad un'analisi della situazione giuridica in sé considerata sul piano della teoria generale del diritto, così come questi due ambiti di indagine sono a loro volta differenti rispetto a quello volto ad indagare il concreto esercizio di un potere.

Quanto alla genesi del potere, lo *ius variandi* trova la propria fonte nella legge oppure nell'autonomia contrattuale. Ambo le fonti sono problematiche.

La legge, come già visto, nel caso di specie è intervenuta (nella migliore delle ipotesi) con interventi di microsistema, ad esempio in ambito consumeristico o bancario, che impongono quantomeno un tentativo di raccordo tra di essi e nell'ambito

del sistema privatistico. L'autonomia privata, tuttavia, almeno secondo l'opinione dello scrivente, pone problemi di maggiore complessità, derivanti essenzialmente dalla necessità di un confronto costante con categorie generali del diritto dei contratti (determinabilità dell'oggetto del contratto, arbitraggio, anche di parte, e altre), confronti indispensabili per assicurare una patente di validità e di meritevolezza alla clausola attributiva dello *ius variandi*.

Sul fronte dell'attribuzione pattizia del potere si è così pervenuti alla conclusione che non è sconosciuta all'ordinamento la possibilità che una sola parte vada ad incidere sul contenuto del rapporto contrattuale, ma questo intervento non potrebbe mai essere frutto dell'arbitrio, piuttosto dovendo sempre contenersi nei limiti di quei principi volti a salvaguardare la sfera giuridica della controparte, su tutti quello della buona fede.

Questa acquisizione ha costituito la bussola che ha orientato lo scrivente nell'indagine relativa ai profili dinamici del potere di modifica unilaterale del contratto. Infatti, proprio da tale prima conclusione si può comprendere come, rispetto allo *ius variandi*, il profilo dinamico sia da presidiare ancor più del momento attributivo. Ne è derivata la necessità di ricostruire un sistema di controllo dell'esercizio del potere, in un'ottica di garanzia del contraente che versi in una posizione di soggezione. Si è convinti di ciò in quanto la legge, nei casi di *ius variandi* di fonte legale, o l'accordo, nei casi in cui la fonte sia pattizia, sovente trascurano questo aspetto e di certo non può ammettersi un cd. *ius variandi meramente potestativo*, che sarebbe in aperto contrasto con la dimensione solidaristica che informa i rapporti tra privati ex art. 2 Cost.

Secondo lo scrivente, il principale limite che incontra lo *ius variandi* considerato nella sua dinamicità è costituito dalla clausola di buona fede. Il principio di buona fede, infatti, è in grado di assicurare che un potere come quello in esame, contraddistinto da uno spiccato carattere autoritativo, possa sì incidere nell'altrui sfera giuridica, ma senza dar luogo a degli abusi. Infatti, per il suo tramite, si potrà verificare *ex post* se il potere sia stato esercitato correttamente o se, invece, si sia verificato un eccesso di potere. Nel caso dello *ius variandi* il principio della buona fede opera come argine alla discrezionalità del titolare del potere soprattutto attraverso la sua declinazione nella clausola generale del *giustificato motivo* che deve sorreggere l'atto di esercizio dello *ius variandi*.

Una volta individuato astrattamente il limite che incontra il potere nel suo concreto esercizio, ci si è interrogati su come sia possibile verificarne l'osservanza. Il sindacato sul giustificato è complesso, innanzitutto per il problema della sua concreta individuazione, ma non solo. Chi è chiamato ad effettuare tale sindacato deve anche compiere quello che viene ormai comunemente definito *giudizio di congruità*, deve cioè ricercare un rapporto di causa-effetto tra il giustificato motivo addotto dal titolare del potere e la variazione delle condizioni contrattuali apportata.

In tutto ciò sta la delicatezza del sindacato sul giustificato motivo, che andrà condotto senza scomodare regole di equità, ma avendo un riferimento ben preciso: il programma contrattuale, rispetto al quale l'atto di esercizio dello *ius variandi* dovrà rivelarsi coerente.

Altro riferimento sarà la clausola di buona fede, che opera, in definitiva, non soltanto a monte, in sede di attribuzione del potere e quando esso viene esercitato, ma anche in sede di controllo sulle modalità di esercizio. E proprio come ogni volta che si debba far applicazione del principio di buona fede, anche in questo caso saranno rilevanti tutte le circostanze del caso concreto, che l'interprete è chiamato a ricercare con attenzione.

Quanto alle conseguenze di un controllo condotto attraverso la clausola di buona fede sull'atto di esercizio dello *ius variandi*, si è concluso nel senso che, in caso di accertamento di una sua violazione, vadano disconosciuti gli effetti alla variazione che si intendeva apportare e che si debba fare applicazione del rimedio risarcitorio.

Le sfide che lo *ius variandi* pone all'interprete sono dunque molteplici e operano su tutti i piani della *vita* di questo *nuovo* istituto. L'auspicio è che gli operatori del diritto siano attenti a non trascurarle.

BIBLIOGRAFIA

ALLARA M., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950

ALPA G., *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1977, pp. 698 ss.

ALPA G., *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 237 ss.

AVONDOLA A., *Voce Mansioni e ius variandi (Jobs Act)*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 2017, pp. 233 ss.

BANDINELLI L., *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, pp. 605 ss.

BARALDI M., *Le «mobili frontiere» dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contr. impr.*, 2001, pp. 927 ss.

BARENGHI A., *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2005

BARENGHI A., *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 143 ss.

BENEDETTI A.M., *Il ius variandi, nei contratti bancari, esiste davvero?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 613 ss.

BENEDETTI G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampa corretta della II edizione, Napoli, 1994

BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000

BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967

- BIGLIAZZI GERI L., Voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, pp. 527 ss.
- BOLOGNINI S., *Artt. 1635-1636*, in GABRIELLI E. (diretto da) – VALENTINO D. (a cura di), *Commentario del codice civile, Dei singoli contratti, Artt. 1548-1654*, Tomo II, Volume I, Torino, 2011, pp. 508 ss.
- BONELL M.J.– BONELLI F. (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997
- BONILINI G.– CHIZZINI A., *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007
- BORTOLOTTI F., *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, pp. 30 ss.
- BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952
- BRACCIANTI C., *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti*, Milano, 1946
- BRIGNOLA F., *Sulla determinatezza o determinabilità del prezzo nella compravendita*, in *Giust. civ.*, 1961, pp. 231 ss.
- BRUTTI N., *La conformazione dei contratti di comunicazione elettronica (Il nuovo art. 70, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259)*, in *Dir. inf.*, 2012, pp. 765 ss.
- BUCCISANO O., Voce *Novazione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.
- CAGNASSO O., *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979
- CALÒ E., *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004
- CAPOBIANCO E., *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 508 ss.
- CAPURRO T., *In tema di clausola attributiva dello ius variandi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, pp. 229 ss.

CAPURRO T., *La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto*, in *Contr. impr.*, 2013, pp. 1341 ss.

CAPURRO T., *Lo jus variandi nel diritto contrattuale inglese: un modello per il giudice italiano*, in *Contr. impr. Eur.*, 2009, pp. 884 ss.

CARNELUTTI F., *Ancora sull'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, pp. 25 ss.

CARNELUTTI F., *Offerta di modificazione del contratto impugnato per lesione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, pp. 66 ss.

CARNELUTTI F., *Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, pp. 108 ss.

CARPINO B., *Voce Diritti potestativi*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1988, pp. 1 ss.

CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 5 ss.

CATERBI S., *La nuova normativa in tema di turismo*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, pp. 2393 ss.

CATRICALÀ A., *Sub. Art. 1661 c.c.*, in CATRICALÀ A. – DUBOLINO P. (a cura di), *Libro IV, Delle obbligazioni, Artt. 1655-1702*, in RUPERTO C. (diretto da), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2012, pp. 99 ss.

CENTINI A., *Lo jus variandi nelle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Contr.*, 2012, pp. 182 ss.

CIRIELLI S.E., *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. impr.*, 1998, pp. 733 ss.

COSTANZA M., *Sulla reductio ad aequitatem del contratto rescindibile*, in *Giust. civ.*, 1979, pp. 1091 ss.

CRISCUOLI G., *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in *Giust. civ.*, 1957, pp. 847 ss.

CRISCUOLO F., *Voce Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, pp. 60 ss.

CRIVELLARO A., *Principi Unidroit e arbitrati internazionali tra naturale propensione a farne uso e limitata autonomia nel determinare il diritto applicabile*, in *Dir. comm. int.*, 2012, pp. 917 ss.

D'ALLURA G., *Brevi note in tema di comportamento concludente*, in *Giust. civ.*, 2003, pp. 3 ss.

D'ANDREA S., *L'offerta di modificazione equa del contratto*, Milano, 2006

D'ANGELO A., *Voce Promesse unilaterali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1997, pp. 420 ss.

D'AURIA M., *Appalto*, in DE LUCA T – COGLIANDRO R.D – D'AURIA M. – RONZA M., *Dei singoli contratti*, II, Milano, 2002

D'AURIA M., *Trasporto*, in DE LUCA T – COGLIANDRO R.D – D'AURIA M. – RONZA M., *Dei singoli contratti*, II, Milano, 2002

DE CRISTOFARO G., *Il Codice del Consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, pp. 747 ss.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento dell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 1099 ss.

DE MARTINI A., *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950

DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993

DI MAJO A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, in *Corr. giur.*, 1992, pp. 662 ss.

DI MAJO A., *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, pp. 287 ss.

DI MAJO A., *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, pp. 1486 ss.

DI MAJO A., *Voce Promessa unilaterale*, in *Enc dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 33 ss.

DI PRISCO N., *I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in RESCIGLIO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1984

DALBOSCO M.C., *L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 321 ss.

DEL BENE F., *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*, Parte I, in *Giur. mer.*, 1997, pp. 198 ss.

DEL BENE F., *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*, Parte II, in *Giur. mer.*, 1997, pp. 402 ss.

DEL CONTE M., *Voce Mansioni (nuova disciplina delle)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2016, pp. 521 ss.

DEL PRATO E., *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, ALPA G. (a cura di), *Le clausole dei contratti del commercio internazionale. Seminario del 20 giugno 2014*, 2016, Milano, pp. 29 ss.

DELLE MONACHE S., *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 29 ss.

DESSEMONTET F., *The Unidroit Principles and the Long Term Contracts*, in *Dir. comm. int.*, 2012, pp. 873 ss.

DISTASO N., *Azione generale di rescissione per lesione, offerta di reductio ad aequitatem e svalutazione monetaria*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, pp. 280 ss.

DOLMETTA A.A., *Linee evolutive di un ius variandi*, in DOLMETTA A.A. – SCIARRONE ALIBRANDI A.A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, pp. 1 ss.

DOLMETTA A.A., *Postfazione: cercando i confini del «ius variandi bancario»*, in DOLMETTA A.A. – SCIARRONE ALIBRANDI A.A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, pp. 245 ss.

DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013

DONISI C., *Voce Atti unilaterali (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, pp. 3 ss.

DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972

DOSSETTI M. – MORETTI M. – MORETTI C., *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004

FALZEA A., *Voce Manifestazione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 442 ss.

FARNETI M., *Convinzioni (incrollabili?) della Cassazione in materia di clausole sul ius variandi*, in *Obb. contr.*, 2009, pp. 123 ss.

FARJAT G., *L'ordre public économique*, Parigi, 1963

FERRARI F., *I "Principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, pp. 300 ss.

FERRI G., *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Studi per Betti*, V, Milano, 1962, pp. 127 ss.

FICI A., *Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto («jus variandi»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, pp. 389 ss.

FIORETTI M., *Voce Perdita ed estinzione dei diritti*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, pp. 818 ss.

FRIGNANI A., *Voce Hardship clause*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1991, pp. 446 ss.

FRIGNANI A., *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di Civil e Common Law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, pp. 680 ss.

GABASSI G., Sub. Art. 70, in DE CRISTOFARO G. – ZACCARIA A. (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, pp. 1377 ss.

GABRIELLI E., *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 192 ss.

GABRIELLI E., *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in BESSONE M. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 2012

GABRIELLI E., *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi Urbinati*, 2003, pp. 163 ss.

GABRIELLI E., *Storia e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, pp. 345 ss.

GABRIELLI E., Sub. Art. 1346, in GABRIELLI E. (diretto da), *Commentario del codice civile*, in NAVARRETTA E. – ORESTANO A. (a cura di), *Dei contratti in generale (artt. 1321-1349 c.c.)*, Milano, 2011, pp. 707 ss.

GAGGERO P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999

GALGANO F., *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. impr.*, 1998, pp. 18 ss.

GALGANO F., *Diritto ed equità nel giudizio arbitrale*, in *Contr. impr.*, 1991, pp. 461 ss.

GALGANO F., *Gli atti unilaterali e i titoli di credito. I fatti illeciti e gli altri fatti fonte di obbligazioni. La tutela del credito. L'impresa.*, in *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2010

F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in SCALISI V. (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, pp. 543 ss.

GAMBINI M., *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000

GAMBINI M., *L'esecuzione del contratto*, in CUFFARO V. (a cura di), *I contratti di appalto privato*, in RESCIGNO P. – GABRIELLI E., *Trattato dei contratti*, Milano, 2011, pp. 175 ss.

GAMBINI M., *Lo ius variandi nella subfornitura e nei contratti bancari quale espressione di uno speciale potere conformativo del rapporto contrattuale*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncristiano*, Napoli, 2002, pp. 453 ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017

GIAMPICCOLO G., *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 789 ss.

GORGONI M., *Il ventaglio delle opzioni a protezione del correntista che subisce l'esercizio dello ius variandi riservato alla banca*, in *Giur. mer.*, 2010, pp. 2102 ss.

GORLA G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law). Saggio di critica mediante il metodo comparativo*, in *Jus*, 1953, pp. 289 ss.

GRAZIANI C.A., *Voce Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, pp. 3 ss.

GUERINONI E., *Contratti e responsabilità nel codice del turismo*, in *Corr. giur.*, 2012, pp. 5 ss.

GUERINONI E. – MANIACI A., *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, pp. 25 ss.

HARTKAMP A.S., *Judicial discretion under the new Civil Code of the Netherlands*, Roma, 1992

IORIO G., *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008

IRTI N., *Voce Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 799 ss.

IRTI N., *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pp. 559 ss.

IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 ss.

H. KONARSKI, *Force majeure and hardship clauses in international contractual practice*, in *International Business Law Journal*, 2003, pp. 405 ss.

LENER R., *Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori*, in *Contr.*, 1998, pp. 255 ss.

LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980

MACARIO F., *Commento all'art. 6:111 PECL*, in ANTONIOLLI L. – VENEZIANO A (a cura di), *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, L'Aja, 2005, pp. 312 ss.

MACARIO F., *Voce Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II-2, Milano, 2008, pp. 1026 ss.

MAGAZZÙ A., *Voce Novazione*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 814 ss.

MAIORCA C., *Voce Vicende giuridiche*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, pp. 803 ss.

MARASCIULO D., *La fideiussione ombinus nella dottrina e nella giurisprudenza*, Milano, 1999

MASKOW D., *Hardship and Force Majeure*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1992, pp. 657 ss.

MAZZAMUTO S. (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002

MAZZÙ C., *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in *Comp. dir. civ.*, 2013, pp. 1 ss.

MIRONE A., *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012

MIRONE A., *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, pp. 377 ss.

MUCCIOLI N., Voce *Contegno concludente*, in *Enc. giur.*, Agg., XVII, Roma, 2009, pp. 1 ss.

MUCCIOLI N., *Studio sul contegno concludente*, Torino, 2012

MUSSO A., *La subfornitura*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003

NATOLI R., *Contratti di subfornitura*, in ROPPO V. (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, pp. 349 ss.

OLIVIERI G., *Usi e abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in DOLMETTA A.A. – SCIARRONE ALIBRANDI A.A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, pp. 112 ss.

ONZA M., Voce *Trasparenza (dei servizi di pagamento)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 2015, pp. 597 ss.

PAGLIANTINI S., *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giust. civ.*, 1998, pp. 2895 ss.

PAGLIANTINI S., *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 122 ss.

PAGLIANTINI S., *La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la Cassazione (aspettando la Corte di Giustizia)*, in *Contr.*, 2012, pp. 197 ss.

PAGLIANTINI S., *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contr.*, 2011, pp. 289 ss.

PAGLIANTINI S., Voce *Modificazione unilaterale del contratto (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, pp. 487 ss.

PANUCCIO DATTOLA F., *L'offerta di riduzione a equità*, Milano, 1990

PATTI S., *Il codice civile e il diritto dei consumatori. Postilla*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2005, pp. 282 ss.

PATTI S., *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005

PENNAZIO R., *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013

PERILLO J.M., *Force majeure and hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *5 Talane Journal of International and Comparative Law*, 1997, pp. 5 ss.

PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in SCIALOJA A. – BRANCA G. (diretto da), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1975

PERLINGIERI P., *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972

PISANI C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015

PISU A., *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017

QUADRI E., *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1981

REDENTI E., *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, pp. 576 ss.

RENNA L., Voce *Subfornitura*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2012, pp. 1021 ss.

RESCIGNO P., Voce *Novazione (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, pp. 434 ss.

RESCIO G.A., *Clausola di modifica unilaterale e bancogiro*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1987, pp. 94 ss.

RIPERT G., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Parigi, 1946

RIPERT G., *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etude Gény*, II, Parigi, 1934

RODNER J.O., *Hardship under the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of R. Briner*, Parigi, 2005, pp. 677 ss.

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, pp. 775 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, in IUDICA G. – ZATTI P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011

ROPPO V., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, pp. 65 ss.

ROPPO V., *Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità" dell'oggetto del contratto e su una recente applicazione a tutela dei contraenti deboli*, in *Giur. it.*, 1979, pp. 147 ss.

RUBINO D., *Voce Appalto privato*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1968, pp. 686 ss.

R. SACCO, *Voce Determinatezza dell'oggetto del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2010, pp. 529 ss.

SANTANGELO A., *Sub. Art. 118*, in CAPRIGLIONE F. (diretto da), *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, III, Padova, 2018, pp. 1893 ss.

SANTONI G., *Lo jus variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, pp. 249 ss.

SARTORI F., *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.u.b.*, in DOLMETTA A.A. – SCIARRONE ALIBRANDI A.A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, pp. 127 ss.

SAVINI S., *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. ec. ass.*, 1999, pp. 215 ss.

SCALISI V., Voce *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, pp. 476 ss.

SCARANO L., *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA C.M. – BUSNELLI F.D. (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti dei consumatori*, Padova, 1999, pp. 503 ss.

SCARPA D., *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, pp. 951 ss.

SCARPELLO A., *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *Nuova giur. civ.*, 1999, pp. 338 ss.

SCARPELLO A., *Il "nuovo" ius variandi della banca dopo la conversione del cd. "decreto sviluppo"*, in *Contr. impr.*, 2012, pp. 585 ss.

SCARPELLO A., *Ius variandi*, in ALPA G. (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, pp. 679 ss.

SCARPELLO A., *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010

SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano, 1967

SCHLESINGER P., *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, pp. 18 ss.

SCHWENZER I., *Force majeure and hardship in international sales contracts*, in *Victoria University of Wellington Reveiw*, 2008, pp. 709 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., *Interventi normativi sul contenuto regolamentare dei contratti bancari: il diritto di recesso e lo ius variandi*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza. Atti del convegno di San Miniato, 22-23 ottobre 2010*, Torino, pp. 65 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A. –MUCCIARONE G., *La pluralità di serie normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in DOLMETTA A.A. – SCIARRONE ALIBRANDI A.A. (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, pp. 59 ss.

SIRENA P., *Le modificazioni unilaterali*, in COSTANZA M. (a cura di), *Effetti*, in ROPPO V. (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, pp. 141 ss.

SIRENA P., *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, pp. 262 ss.

SOLDATI N., *Brevi note a margine del codice del turismo*, in *Contr.*, 2011, pp. 815 ss.

SOLINAS C., *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contr. impr.*, 2016, pp. 1368 ss.

STANZIONE P., *Voce Rapporto giuridico, II, diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, pp. 1 ss.

STOLFI M., *Voce Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, pp. 629 ss.

TARTAGLIA P., *Voce Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 155 ss.

TAVORMINA V., *Ius variandi e contratti bancari*, in *Giur. comm.*, 2013, pp. 309 ss.

TROIANO S., *Lo ius variandi unilaterale nei rapporti di subfornitura*, in FAVALE R. – MARUCCI B. (a cura di), *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Napoli, 2003, pp. 863 ss.

TULLIO A., *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, pp. 251 ss.

ULLMAN H., *Enforcement oh hardship clauses in the French and American legal systems*, in *California Western International Law Journal*, 1988, pp. 81 ss.

VENDITTI C., *Il consumatore e l'erogazione di servizi pubblici*, in DI GIANDOMENICO M.E. – CASSANO G. (a cura di), *Il diritto dei consumatori. Profili applicativi e strategie processuali*, Tomo II, Padova, 2010, pp. 865 ss.

ZACCARIA A., Voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1995, pp. 287 ss.

ZOPPINI A., *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore". Lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 136 ss.

G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992